

IVORÍ LUIS DA SILVA SCHEFFER

**A EXEGESE CONSTITUCIONAL DA PRIVACIDADE E DO DIREITO DE
PRODUÇÃO DA PROVA PENAL**

Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa Catarina,
Turma Especial, como requisito para obtenção do título
de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski

FLORIANÓPOLIS (SC), 2002

Ivorí Luis da Silva Scheffer

**A EXEGESE CONSTITUCIONAL DA PRIVACIDADE E DO DIREITO DE
PRODUÇÃO DA PROVA PENAL**

Dissertação aprovada como requisito final para obtenção do grau de Mestre no
Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina pela
Banca Examinadora formada por:



Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski - Presidente



Profa. Dra. Vera Regina Pereira de Andrade (Membro)

Prof. Dr. Paulo Márcio Cruz (Membro)

Prof. Dr. Sérgio Cadermatori (Suplente)

Florianópolis (SC), 23 de maio de 2002.

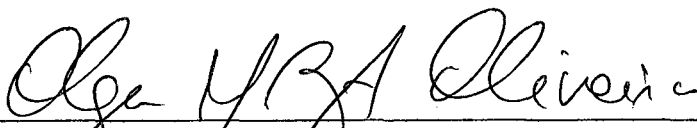
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A EXEGESE CONSTITUCIONAL DA PRIVACIDADE E DO DIREITO DE
PRODUÇÃO DA PROVA PENAL**

Ivori Luis Da Silva Scheffer



Doutor Sílvio Dobrowolski
Professor Orientador



Doutora Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira
Coordenadora CPGD/CCJ/UFSC

Florianópolis (SC), 23 de maio de 2002.

OFERECIMENTO

Para

Conrado e Laura,

Com todo o meu amor.

AGRADECIMENTOS

Com profunda gratidão: à Francisca da Silva Scheffer, por suas orações que me empurraram; à Ivana e ao Tobias De Maman, pela corrente emocional; ao Ivan Scheffer e à Lena Maciel de Lima, pelo apoio moral; ao Anderson Lueders, pelo inestimável suporte técnico; ao Doutor Sílvio Dobrowolski, pela orientação segura; e aos professores do mestrado pelas lições teóricas e de vida.

Pelas ações concretas que, no momento certo, sem se vincularem com quaisquer das conclusões desta pesquisa, muito contribuíram a sua realização, devo também prestar as minhas homenagens: ao Mestre Giovanni Olssen, ao Doutor René Ariel Dotti, ao Mestre Valdir Francisco Colzani, ao Mestre Jairo Gilberto Schaefer, ao Mestre David Wilson de Abreu Pardo e ao Doutor Jorge Enrique Kremer.

"Julgue-se, pois, a verdade, pelo pouco que o júizo afirma; não pelo muito ou muitíssimo que omite".

[Ruiz, 1996, p. 118]

RESUMO

O objetivo do presente estudo é investigar o alcance da proposição normativa contida no art. 5º, inciso X da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especialmente no que respeita à vida privada e à intimidade, indagando da possibilidade de restrição desses direitos fundamentais para a produção da prova penal.

Além de cumprir requisito acadêmico para a conclusão do Curso Interinstitucional de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, o tema desta pesquisa, no âmbito da interpretação constitucional, suscita questões de ordem prática no que se refere à frequência, cada vez maior, de obtenção de provas, com transposição da esfera da privacidade, para fins de persecução penal. O problema com o qual se depara a pesquisa é, por um lado, a cláusula de inviolabilidade que consta do dispositivo constitucional citado e, por outro, o direito da sociedade à produção da prova penal.

A pesquisa está dividida em três partes. A primeira delimita o marco teórico, revisando os principais instrumentos de interpretação constitucional adotados. No segundo capítulo, após uma breve revisão da Teoria Geral dos Direitos Humanos a fim de situar o direito à privacidade como direito humano fundamental, estabeleceu-se o conceito constitucional de privacidade. Para tanto, refez-se o percurso histórico da construção desse direito tão necessário à proteção da personalidade humana. No terceiro capítulo, a pesquisa aborda o direito de provar no processo penal, também sob um prisma de ordem constitucional, o conceito de prova, bem como de sua finalidade. Estuda as provas consideradas ilícitas e a sua consequência processual. Neste capítulo, ainda, a pesquisa enquadra a produção da prova penal como um típico direito fundamental, decorrente do monopólio da Jurisdição pelo Estado, situado no mesmo nível constitucional do direito à privacidade.

O estudo, ao final, confrontando o direito à privacidade e o direito de produzir a prova no processo, conclui que a privacidade somente cede ao direito de prova nos casos ressalvados expressamente na Constituição. Fora daí, a prova obtida é ilícita e não pode ser aproveitada no processo.

ABSTRACT

The aim of the present study was to know up which point the normative proposal **reaches** the 5th Article, Part X from the Brazilian Federal Constitution, specially in what is connected to private life and intimacy, searching the chances of restriction of those fundamental rights as to get a penal prove.

Besides having to fulfill the academic requirements in order to end the LLM (*legum magister*) Course at the Federal University of Santa Catarina, the subject of this researches is the scope of the constitutional interpretation that generates questions in the practical rank related to its frequency as to get proves, something that every day becomes more frequent. The trouble of the search is to have on one hand the inviolability clause found in the above mentioned constitutional provision and on the other one the right of the society to prove the penal.

The research is divided in three parts: the first indicates the limits of the theoretical area reviewing the main instruments of the constitutional interpretation adopted. In this First Chapter it was also done a short review of the Human Rights General Theory with the intention of locating the privacy as an essential human right. In the Second Chapter it was established the privacy constitutional conception.

That is why the need of do over the historical way of **the** right construction, so necessary to protect the human personality. At last, in the Third Chapter the research tackled the right to prove in a penal law-suit, as well as under the constitutional point of view. It was checked the concept of prove and also its object. All the proves considered illegal and their law-suit consequences were studied. In this chapter the search considered the penal prove as a basic right,

derived from the monopoly of the State Jurisdiction at the same constitutional level of the privacy right.

The study, finally, compared the right to the privacy and the right to get a prove in the law-suit, concluding with the fact that privacy just cedes the right of prove in the cases explicated and mentioned in the Constitution. Besides, the gotten prove is illegal and cannot take advantage of it in the case of a law-suit.

RESUMEN

Con el presente estudio se intentó investigar el alcance de la proposición normativa que se encuentra en el Art 5º, inciso X de la Constitución de la República Federativa do Brasil, en especial en lo que respecta a la vida privada y a la intimidad, averiguando con relación a la posibilidad de existir alguna restricción de esos derechos fundamentales a fin de producir una prueba penal.

Además de ser parte de la obligación en carácter de requisito académico para finalizar mi Maestría en Derecho en la Universidad Nacional de Santa Catarina, el tema dentro del ámbito constitucional suscita cuestiones de orden práctico en lo que a la frecuencia en la obtención de pruebas se refiere, ya que la misma encuéntrase en constante aumento, con la transposición de la esfera de la privacidad, con fines de persecución penal. El problema con el que se depara el estudio es por un lado la cláusula de inviolabilidad que consta en el mencionado dispositivo constitucional y, por el otro, el derecho que posee la sociedad a la producción de la prueba penal.

El estudio há sido dividido en trez partes: la primera delimita el marco teórico, verificando los principales instrumentos adoptados para la interpretación constitucional. En este Primer Capítulo fue también realizada una breve revisión de la Teoría General de los Derechos Humanos a fin de situar al derecho a la privacidad en la condición de derecho humano fundamental. En el Segundo Capítulo fue establecido el concepto constitucional de privacidad. Para ello fue necesario rehacer el recorrido histórico de la construcción de esse derecho, tan necesario para la protección de la personalidad humana. Finalmente, en el Tercer Capítulo, la investigación abordó el derecho de probar en la acción penal, bajo un prisma constitucional. Fue realizada una revisión del concepto de prueba, como

también de su finalidad. Fueron estudiadas las pruebas consideradas ilícitas y su consecuencia procesal. Aun en este capítulo, el estudio encuadró la producción de la prueba penal como un típico derecho fundamental, derivado del monopolio de la Jurisdicción por el Estado, situado en un mismo nivel constitucional que el del derecho a la privacidad.

Al final, la investigación confrontando a el derecho a la privacidad y el derecho a la producción de prueba, llegó a la conclusión que la privacidad sólo cede el derecho de prueba e los casos que se encuentren específicamente resalvados en la Constitución. No siendo así, la prueba obtenida es ilícita y no puede ser utilizada en la acción.

SUMÁRIO

RESUMO.....	vii
<i>ABSTRACT</i>	ix
<i>RESUMEN</i>	xi
INTRODUÇÃO	1

Capítulo 1

INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	8
1.1.1. Interpretação jurídica	9
1.1.2. Interpretação constitucional	21
1.1.3. Princípios de interpretação constitucional	27
1.1.3.1. <i>A primazia da constituição</i>	28
1.1.3.2. <i>Princípio da unidade da constituição</i>	30
1.1.3.3. <i>Princípio da proporcionalidade</i>	33
1.1.3.4. <i>Princípio da razoabilidade</i>	36
1.1.3.5. <i>Princípio da efetividade</i>	38

Capítulo 2

O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE

2.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS	44
2.1.1. Aspectos gerais.....	45
2.1.2. Liberdades, direitos e garantias	49
2.1.3. Limitações a direitos fundamentais	52
2.2. A PRIVACIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL	55
2.2.1 A construção da concepção de privacidade	55
2.2.2 A experiência jurídica sobre a questão	57
2.2.3 Ambiente social e tecnologia	60
2.3. O PLANO NORMATIVO DO DIREITO À PRIVACIDADE.....	62

2.3.1. As esferas pública e privada.....	62
2.3.2. O direito à privacidade.....	64
2.3.3. A inviolabilidade constitucional da privacidade	68

Capítulo 3

O DIREITO CONSTITUCIONAL DE PRODUZIR A PROVA PENAL

3.1. DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL.....	72
3.1.1. Jurisdição e processo: promessas do Estado	72
3.1.2. O direito constitucional aos meios de prova	78
<i>3.1.2.1. Conceito e finalidade da prova no processo penal.....</i>	<i>78</i>
<i>3.1.2.2. A prova penal como um direito de matriz constitucional.....</i>	<i>84</i>
3.1.3. Limites ao direito à prova.	87
<i>3.1.3.1. Provas ilegítimas.</i>	<i>90</i>
<i>3.1.3.2. Provas ilícitas.....</i>	<i>92</i>
3.2. A PROVA PENAL FRENTE À PRIVACIDADE.....	94
3.2.1 A supremacia do interesse público.....	94
3.2.2 A prova penal e a privacidade.....	98
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	103
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS	112

INTRODUÇÃO

A presente dissertação investiga o alcance da proposição normativa contida no art. 5º, inciso X da Constituição da República Federativa do Brasil¹, doravante denominada apenas de CFRB/88, no que toca à vida privada e à intimidade, indagando da possibilidade de restrição desses direitos fundamentais para a produção da prova penal.

Além de cumprir requisito acadêmico para a conclusão do Curso Interinstitucional de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, o tema desta pesquisa, no âmbito da interpretação constitucional, suscita sérias questões de ordem prática no que se refere à frequência, cada vez maior, de obtenção de provas no âmbito da vida privada para fins de persecução penal. Nesse ponto espera-se, ao final do trabalho, estabelecer o âmbito de vedação da proposição constitucional citada a fim de propiciar, quanto ao tema pesquisado, decisões judiciais em sintonia com o texto constitucional.

O direito fundamental à intimidade e à vida privada não deixa de receber o influxo das vicissitudes sociais e econômicas dos cidadãos de forma que tanto maior será o âmbito desse direito quanto maior o espaço patrimonial do titular. Na prática do Direito Penal, quando se trata de acusados ou suspeitos despidos de projeção sócio-econômica, pululam as chamadas “denúncias anônimas” a evidenciar uma invasão não autorizada (portanto ilegal) de diversas esferas da órbita da privacidade.

A história do direito à privacidade parece ser a história da sua eliminação, pois ao mesmo tempo em que é inventado pela Modernidade também é desconstruído. Quanto mais se ampliam os espaços da privacidade, mais a tecnologia se esforça para expugná-los. Nestes tempos de início de milênio,

¹ “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”

tecnologia se esforça para expugná-los. Nestes tempos de início de milênio, contudo, o desmonte da privacidade não aparece tão-somente como uma obra intencional, mas sim é algo entranhado no cotidiano e no estilo de vida das pessoas. A empresa de TV por assinatura sabe quais são os programas de preferência de determinado usuário, assim como a empresa de cartão de crédito pode mapear os lugares freqüentados por seus clientes. O síndico do condomínio pode saber o horário de chegada e saída de cada morador, assim como quais são as suas companhias. Existem cidades mapeadas por câmeras de vídeo colocadas pela municipalidade a pretexto de coibir a violência ou monitorar o sistema de trânsito.

O problema com o qual se depara a pesquisa é a cláusula de inviolabilidade que consta do dispositivo constitucional citado, bem como a diferenciação que a CRFB/88 faz entre intimidade e vida privada. Em face disso, considerando que certas condutas penalmente típicas somente são praticadas ao abrigo da privacidade, ou, então, que a prova de alguns atos criminosos somente pode ser obtida nessa esfera da vida, teria a Constituição conferido uma espécie de inviolabilidade a certos criminosos? Considerando, ainda, que o ônus de provar imposto ao Ministério Público, decorrente da adoção da Jurisdição como forma de composição de conflitos, configura-se em direito/dever à produção de prova, pode este direito/dever suplantar ao direito à privacidade?

Em linhas gerais, a pesquisa está centrada na premissa de que não há direitos absolutos, nem mesmo os direitos fundamentais, de modo que, em determinadas situações, obedecidas as hipóteses legais, é possível a concessão de autorização judicial para obter-se prova no âmbito da esfera privada. O direito à privacidade é conquista da modernidade e constitucionalizado como direito fundamental. Deve ser garantia do cidadão, mas pode ser devassado por ordem judicial. Não sendo descortinada por essa via, a prova obtida não poderá ser usada em processo penal.

No entanto, a motivação para a pesquisa surge de possíveis paradoxos que a prática do direito cotidianamente apresenta. Com efeito, a privacidade é

garantida constitucionalmente, no entanto, permanece sem qualquer questionamento a prática das revistas íntimas procedidas pela polícia em suspeitos, além da sistemática obtenção de informações decorrentes de “denúncias anônimas” a evidenciar a observação não autorizada de esferas íntimas dos suspeitos. As diversas esferas do sigilo, notadamente as do sigilo bancário e profissional, também são, a todo momento, objeto de restrição autorizadas pelo Judiciário.

A importância do tema a ser abordado é crucial tanto no sentido da preservação dos direitos fundamentais, quanto na tentativa de montar o quadro normativo de acesso ou vedação a determinadas provas para fins penais.

Por outro lado, muito embora não seja alheio ao pesquisador o fenômeno da crescente criminalização de condutas e do uso político que é feito dos índices de violência, estas questões não serão objeto da pesquisa uma vez que ela estará centrada na possibilidade de o Estado efetivamente cumprir a sua promessa declarada de punição indistinta a todos os transgressores da lei penal, mesmo que estes estejam na esfera da chamada criminalidade organizada e que tais condutas refiram-se a crimes de elevado dano econômico (crimes financeiros, tributários, societários, etc.).

Passados quase quatorze anos da promulgação da CRFB/88, ainda pairam sérias dúvidas sobre o alcance de determinados dispositivos, notadamente, como no tema que se pretende investigar, a questão da quebra de certos direitos fundamentais para a produção de prova judicial e suas consequências processuais. Com efeito, o tema da inviolabilidade da intimidade e da vida privada suscita uma série de questionamentos que afligem os operadores do direito. No entanto, para a resolução do problema proposto, duas vertentes de investigação devem ser percorridas. A primeira é determinar o real alcance das expressões intimidade e vida privada constantes do inciso X do art. 5º da CRFB/88, tendo em vista que no próprio texto do inciso X, e em inúmeros outros dispositivos da CRFB/88, instâncias da privacidade são expressamente protegidas (comunicações, domicílio, integridade física, etc.). O segundo é determinar o significado jurídico da expressão

inviolabilidade do mesmo dispositivo a fim de indagar-se da validade de um meio de prova colhido com ofensa ao direito de privacidade.

Considerar-se a privacidade como absolutamente inviolável implica em não conferir o poder de restringi-la nem mesmo às ordens judiciais. Nesse caso, a prova assim obtida seria sempre espúria e jamais poderia ser apresentada em processo. A privacidade, neste caso, seria um escudo protetor e indevassável do indivíduo e, nessa linha, jamais seria obtida prova direta de certos crimes somente praticados longe dos olhos do público (a confecção de uma bomba, a emissão de moeda falsa, o abuso sexual de crianças, etc.).

No entanto, o Estado brasileiro não criou áreas de imunidade ao crime (salvo as raras hipóteses expressamente previstas, v.g. CRFB/88, art. 53), de modo que uma determinada conduta não perderá o seu caráter criminoso pelo fato de ter sido praticada ao abrigo da privacidade. Assim, praticado o crime, o Estado deve movimentar-se para a aplicação da sanção penal impondo-se ao Ministério Público a tarefa de provar a acusação. A princípio, a produção de tal prova implicará em certa restrição ao direito à privacidade, sendo, portanto, mister indagar quem poderá determiná-la e sob que condições, a fim de que tão importante garantia não reste sem efeito algum. O cerne da questão proposta não consiste em avaliar a qualidade da prova depois de constatada a existência do crime (notadamente quando o mesmo for grave). A dificuldade refere-se a um momento anterior, ao deferimento judicial da restrição da privacidade quando a ocorrência do crime é só uma possibilidade e quando, apesar dos indícios, a privacidade de alguém pode estar sendo restringida em vão.

Para atingir os objetivos propostos, a pesquisa divide-se em três partes. A primeira para delimitar o marco teórico fundamental que norteia todo o trabalho, quando serão expostos, mediante breve revisão doutrinária, os principais instrumentos de interpretação constitucional adotados ao longo da pesquisa. A segunda parte, após breve resgate da teoria dos direitos fundamentais, estabelece o conceito constitucional de privacidade, confrontando-o com outras expressões desse

plano, enquanto direito fundamental. Finalmente, a pesquisa aborda, sob um prisma constitucional, o direito de provar no processo penal.

Neste passo, deve-se reconhecer que a CRFB/88 trouxe para o âmbito constitucional grandes áreas do Direito antes relegadas ao plano infraconstitucional. No que toca ao objeto desta pesquisa, a doutrina identifica um verdadeiro Direito Processual Constitucional porquanto a matriz das normas processuais provém diretamente da Constituição. Destarte, faz-se mister analisar a relação entre a Constituição e o processo judicial, de maneira especial quanto ao papel da Jurisdição no quadro do Estado Democrático e de Direito, bem como do acesso e manejo aos meios de prova.

Por fim, a pesquisa enfrenta o tema do conflito entre o direito de produzir a prova penal e o direito de resguardo da privacidade, bem como a possível ilicitude da prova colhida com afronta a esse direito constitucional. Nesse momento, a pesquisa aborda criticamente o tema da supremacia do interesse público bem como o tema dos limites ao poder do Estado, das restrições legais a direitos individuais e, conseqüentemente, da limitação ao dever de persecução penal.

A pesquisa reveste-se de importância teórica e prática. O tema é palpitante e atual, demandando novos estudos e aprofundamento e propicia um mergulho crítico em áreas basilares do Estado democrático de direito tais como a interpretação constitucional e os direitos fundamentais. No plano prático, a atuação da polícia e do ministério público, notadamente nos denominados crimes de colarinho branco, cotidianamente avança sobre áreas reservadas à privacidade dos indivíduos.

Com a pesquisa firmada nessas bases, pretende-se a elaboração de um trabalho de exegese da CRFB/88 em relação ao dispositivo citado de modo a:

- a) estudar a possibilidade ou a impossibilidade, sob a ordem constitucional brasileira, de a privacidade ser desvelada para fins de produção da prova penal;

- b) em caso positivo, contribuir para a fixação de critérios objetivos, que assegurem a preservação da dignidade da pessoa humana, de autorização ou denegação, pelo Judiciário ou pelo Legislador, de quebra da privacidade para fins de utilização como prova em processo penal; e
- c) precisar, segundo as regras de hermenêutica constitucional, qual a interpretação dos dispositivos constitucionais referentes ao tema que satisfaz a máxima eficiência da Constituição.

Espera-se, assim, ao cabo da pesquisa, contribuir para que o Processo Penal seja cercado das maiores garantias jurídicas ao acusado/investigado, assegurando, todavia, ao órgão de persecução penal, os meios para a tutela da sociedade.

Serão adotadas as técnicas de documentação indireta, notadamente através de pesquisa bibliográfica, sendo que toda a pesquisa situa-se na órbita de estudo do Direito Constitucional. A CRFB/88 consagrou o direito à privacidade como um direito fundamental da pessoa humana e, nesse passo, a revisão da Teoria dos Direitos Fundamentais desempenha papel imprescindível para a consecução dos objetivos traçados. Cuidando-se de interpretação de direitos constitucionais, cumpre também realizar uma revisão dos métodos de interpretação da lei maior.

A pesquisa está toda ela calcada na Teoria dos Direitos Fundamentais, sendo que, desde já, até por força da norma constitucional vigente, concebe-se tanto o direito à privacidade como o direito à prova como direitos fundamentais. No que toca à privacidade, cuida-se de esfera que somente a própria pessoa, titular desta garantia, pode permitir o acesso. É, portanto, esfera de liberdade individual não transferida ao Estado e, em uma interpretação preliminar e literal do texto constitucional citado, inexpugnável. Quando à classificação do direito à prova como direito humano fundamental a hipótese deverá ser confrontada com o sistema constitucional brasileiro.

No decorrer do trabalho, serão explicitadas as categorias adotadas, bem como os respectivos conceitos operacionais. A pesquisa, sem descurar abordagens da Filosofia e da Sociologia para ilustrá-la, será toda de exegese constitucional. Para determinar o significado das expressões e textos em estudo partiu-se das regras de hermenêutica constitucional traçadas pela doutrina dominante. Além disso, o estudo embasou-se no princípio da proporcionalidade bem como, por ter reflexos diretos no processo penal, na teoria geral da prova. E, apenas por questões metodológicas, o âmbito desta pesquisa está limitado à prova no crime produzida pelo ministério público.

Como fontes metodológicas de normalização do trabalho adotou-se a NBR 6023/2000² da Associação Brasileira de Normas Técnicas, assim como as orientações traçadas por COLZANI³ e por PASOLD⁴. Por fim, cuidou-se de se proceder a uma estrita adequação do tema e da pesquisa à formação teórica e metodológica obtida pelo pesquisador durante o curso de mestrado realizado.

² ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6023: informação e documentação- referências – elaboração*. Rio de Janeiro, 2000. 22p.

³ COLZANI, Valdir Francisco. *Guia para redação do trabalho científico*. Curitiba: Juruá, 2001.

⁴ PASOLD, César Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 1999.

Capítulo 1

INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A pesquisa situa-se, antes de tudo, no marco do Direito Constitucional, propondo-se a realizar a exegese do Inciso X do Art. 5º da Constituição Federal brasileira, dispositivo este situado no campo dos direitos e garantias fundamentais. Constituindo os dois pilares da pesquisa devem os mesmos ser explicitados desde o início estabelecendo-se qual a orientação de hermenêutica constitucional que segue o pesquisador, assim como qual a sua compreensão do que sejam direitos e garantias individuais a fim de que se possa, a partir destes pressupostos metodológicos, aferir a pertinência das conclusões.

De início, deve-se realçar o estabelecido na Introdução no sentido de que, muito embora a pesquisa faça incursões necessárias em outros âmbitos do saber, notadamente no do Direito Processual Penal, no da Filosofia, no da Sociologia, no da Criminologia, no do Direito Penal, etc., tais investidas, sem desnaturar a pretensão da pesquisa, antes confirmam que o Direito, como fenômeno humano, não se explica por si mesmo, mas depende do influxo dos outros ramos do saber para cumprir a sua função normativa.

Neste capítulo apresenta-se a concepção de interpretação jurídica adotada pela pesquisa e, com ela, como decorrência lógica, o conceito de norma jurídica e de sistema jurídico. Ao final, indaga-se se a interpretação constitucional, notadamente a interpretação das normas que veiculam a proteção dos direitos fundamentais, é feita com o mesmo instrumental da interpretação jurídica geral ou se deve receber enfoque especial.

1.1.1. Interpretação Jurídica

Bem conhecida, embora pouco adotada, a antiga lição de Maximiliano⁵ o qual diferenciava a Hermenêutica da Interpretação e esta da Aplicação. Segundo ele, aquela é a *ciência* que estabelece o método e os princípios a serem seguidos pelo intérprete na tarefa de extrair o significado da norma. A Hermenêutica é a ciência abstrata, enquanto a Interpretação está a cargo do aplicador. Aquela seria a Teoria, esta a prática. Em que pese ainda valer a distinção entre a Hermenêutica e a Interpretação, no último ponto não mais subsiste a lição do mestre porquanto a separação dicotômica entre teoria e prática somente pode ser vislumbrada para fins pedagógicos. A prática suscita teoria e esta não se faz desprendida dos interesses materiais. Todavia, como aqui não se pretende fazer Hermenêutica, estabelecendo princípios e métodos originais de interpretação, é necessário explicitar os que serão adotados.

Segundo Maximiliano, interpretar “é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém”⁶. Valendo-se de métodos e princípios fornecido pela Hermenêutica, a tarefa interpretativa consistiria então em um processo lógico-jurídico de identificação da vontade da lei a fim de que fosse aplicada a uma determinada realidade. É esta a concepção de Ráo⁷ e de França⁸.

Dessa forma, o pensamento tradicional dominante entende a interpretação jurídica como um processo lógico-jurídico de extração dos significados de uma norma de direito, revelando seu sentido, a fim de possibilitar a sua aplicação ao caso concreto. Dessa forma, a norma geral (norma destinada a uma coletividade) e abstrata (previsão de uma conduta tipo), por meio do processo

⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*.

⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 9.

⁷ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, p. 464.

⁸ FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica Jurídica*, p. 3.

interpretativo, seria aproximada ao caso real, mediante individualização e concreção.

Essa concepção recebeu a crítica mordaz de Kelsen que visualizou dois tipos de interpretação jurídica: aquela feita pelo órgão estatal de aplicação e aquela elaborada por quem não tem o poder de aplicar a lei. Para ele a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador não constitui tão-somente uma atividade de extração de sentido, mas também de fixação do sentido. É claro que o Direito produzido pelo Legislador possui um conteúdo a ser observado pela decisão judicial ao estabelecer a norma individual do caso concreto. O conteúdo da norma individual posta na sentença deve ser deduzido da norma geral como uma relação de continente e conteúdo, determinando ou vinculando o aplicador. Segundo Kelsen, “a norma superior, o estatuto ou uma norma de Direito consuetudinário determinam, em maior ou menor âmbito, a criação e o conteúdo da norma inferior da decisão judicial. A norma inferior pertence, junto com a norma superior, à mesma ordem jurídica apenas na medida em que a segunda corresponde à primeira”⁹. Este Direito posto pelo Legislador, contudo, não pode prever todas as possibilidades e deixa uma margem larga de arbítrio ao juiz fazendo com que a atividade do aplicador da norma não se limite apenas em descobrir algo já implícito, mas conceda-lhe um certo grau de liberdade para conferir, externamente, um significado, preenchendo a moldura legal por meio de um ato de vontade de modo que a “individualização de uma norma por uma decisão judicial é sempre uma determinação de elementos ainda não determinados pela norma geral e que não podem ser completamente determinados por ela. O juiz, portanto, é sempre um legislador também no sentido de que o conteúdo de uma decisão nunca pode ser completamente determinado pela norma preexistente de Direito substantivo”¹⁰. Para ele, a interpretação feita pelo aplicador da norma geral não se resume a “um ato intelectual de clarificação e compreensão”¹¹ porquanto, ao escolher uma dentre as várias possibilidades admitidas pela moldura da norma interpretada, é também um ato de vontade tanto

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 156.

¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*, p. 149.

quanto um ato de cognição. No que concerne à interpretação feita pela Ciência do Direito, é ela destituída de um ato de vontade, pois “é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas”¹² que não pode ter outra utilidade que não apresentar os diversos sentidos possíveis da norma.

O mestre austríaco, portanto, menospreza a interpretação doutrinária não só pela sua, segundo ele, incapacidade de apresentar a única interpretação correta da norma, como pelo fato de que, despida de ato de vontade, não pode transformar-se em direito (em caso decidido). Mas o menoscabo de Kelsen não pode ser aceito como válido porquanto em toda interpretação há uma opção do intérprete, inclusive o intérprete doutrinário, pelo significado que, segundo sua visão de mundo, sua experiência acumulada, melhor expresse o objeto interpretado. Ademais, até mesmo como a prática da doutrina evidencia, tal concepção de explicitar as múltiplas possibilidades da norma não deixou seguidores. Ao contrário, sem incorrer no equívoco de Kelsen, que não diferencia interpretação de aplicação, é perfeitamente possível, como adiante será demonstrado, que a interpretação feita pela Ciência do Direito consiga reproduzir abstratamente a intenção, o sentido imanente da norma, precisando a interpretação correta a ser seguida pelo aplicador do Direito.

Kelsen não poderia vislumbrar conteúdo nas normas do seu sistema jurídico porquanto o modelo que formulou foi unicamente “dinâmico”, ou seja, um modelo no qual as normas não se relacionavam umas com as outras em razão do seu conteúdo, mas unicamente em razão do órgão que as pôs no mundo. A relação daí vertente não será jamais uma relação material, mas apenas de caráter formal, uma relação de competência. Assim sendo, a Hermenêutica não poderia jamais seguir o modelo kelseniano pela simples razão de que a Teoria Pura do Direito pretende unicamente fazer ciência, nos moldes das ciências naturais, limitando-se a explicar o objeto, sem qualquer ingerência de valores do intérprete ou do próprio objeto, enquanto a Hermenêutica tem como tarefa a formulação de regras e princípios para a justa interpretação e compreensão do conteúdo das normas, com o fim de

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, p. 391.

¹² KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, p. 395.

propiciar a decisão mais razoável em determinadas circunstâncias de tempo e lugar. Kelsen não se pôs como tarefa contribuir para a resolução dos conflitos interindividuais e coletivos, mas apenas explicar exteriormente um dado objeto. Ele fez a anatomia do ordenamento, caminhando no seguro e previsível terreno do ser, porque plenamente verificável as suas causas, enquanto o exegeta preocupa-se em descobrir o espírito e o fim das coisas unicamente a bem de propiciar a decidibilidade de uma questão jurídica, movendo-se nas alturas do dever-ser.

O cientista da natureza, para bem explicá-la (*o que é*), põe-se fora do objeto que estuda, enquanto que o exegeta, enquanto pesquisador da cultura, mesmo pondo freios a sua subjetividade, em sua atividade de compreensão (*o que deve ser*), está completamente imerso no sistema porquanto ele é um instrumento imprescindível à realização do Direito. Quando os fenômenos são estudados como fatos, estes existirão sempre, independentemente de que sobre eles se debrucem estudiosos e independentemente do que digam deles esses estudiosos. Quanto ao Direito, o seu intérprete, notadamente o juiz, é parte integrante do processo de acontecimento, de realização do fenômeno jurídico.

A visão tradicional encara o fenômeno jurídico como sendo estritamente normativista, situando-se aqui, inclusive, as correntes que postulam a existência, no ordenamento, de princípios positivados. No entanto o positivado, por si só, é letra morta, mera proposição normativa sem incidência, sem movimento. Pode-se dizer que o Direito somente encontra sua certeza com a decisão judicial transitada em julgado, pois somente a coisa julgada pode conferir essa qualidade de certeza ao direito. No entanto, toda a aplicação do Direito nada mais é do que a aplicação da interpretação dada ao Direito, de modo que se pode afirmar que o Direito é fenômeno que transcende ao texto legal e contempla a interpretação e a decisão judicial. A norma, pois, nada mais é que a interpretação, partindo o intérprete do texto da disposição legal. É a lição de Castro para quem o texto positivado “se situa num plano anterior à interpretação, e a norma naquele posterior a esta atividade interpretativa. *A disposição é um enunciado sujeito a ser interpretado, enquanto a norma é decorrência da interpretação.* A atividade interpretativa permite, portanto,

extrair das diversas disposições legais as normas que elas contêm em estado de latência. A norma é, em consequência, a disposição interpretada”¹³.

A interpretação jurídica não se confunde com outras exegeses e tampouco a tarefa interpretativa se resume a um exercício de lógica formal. Na interpretação de um testamento, de uma obra literária ou filosófica, pode-se perquirir da real intenção do autor apenas olhando para o passado. Na interpretação jurídica este elemento é, quase sempre, o que ocupa a menor posição hierárquica visto que a interpretação não é feita para a prevalência de uma vontade passada (*mens legislatoris*), posto imprescindível o seu conhecimento para a compreensão da disposição legal, mas sim para apurar uma vontade atual que produzirá consequências para o futuro. Portanto, a exegese jurídica é feita com base em ponderações subjetivas do posto (os motivos históricos que, cada vez mais, no retrovisor do exegeta, vão ficando para trás ante as transformações aceleradas e imprevistas da vida) e do que deverá ser (a decisão a ser proferida) porquanto não é qualquer sentido que importa ser revelado, mas apenas aquele “*sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta*”¹⁴.

Não há, pois, como negar que toda interpretação, como produto humano que é, sofre a ingerência da idiosincrasia do intérprete. O intérprete põe muito de si no resultado de seu labor. Contudo, a interpretação jurídica, sob pena de não se diferenciar do mero sentir intuitivo e emocional, deve buscar neutralizar a influência das impressões pessoais e subjetivas do intérprete através da identificação no sistema jurídico de pontos ou núcleos de objetividade de modo que um segundo intérprete, percorrendo os mesmos passos do primeiro, possa chegar às mesmas conclusões, satisfazendo, destarte, a uma das principais promessas do ordenamento jurídico que é a segurança jurídica. A norma, *rectius*, a proposição normativa a interpretar não apenas objetivamente não se confunde com a pessoa do intérprete como o ato subjetivo da interpretação deve incorporar essa significação. É

¹³ CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros. *Novas Técnicas de Interpretação Constitucional*, p. 134-154.

¹⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 10.

por isso que aqui se afasta a tese da criação do direito pelo ato interpretativo tomando-se a exegese também (embora não somente) como um ato de compreensão e, portanto, de apreensão de algo que está fora do sujeito cognoscente. Ou há interpretação ou há criação e, sob pena de as palavras perderem a função da inequivocidade e deixarem de exprimir conceitos, não se pode confundir um e outro momento.

O ato interpretativo é também um ato criativo, mas apenas no sentido de que constrói algo novo, de que o ato gnoseológico da compreensão produz algo que tem muito do próprio intérprete. Mas esse algo não é o Direito e sim a sua interpretação, uma nova visão ou, melhor falando, adequação da norma. Tal qual um quebra-cabeça que permitisse uma multiplicidade de soluções, as peças montadas já existem, apenas que podem ser arranjadas de modos diferentes, conforme o jogador e conforme a circunstância. Não que, *de fato*, o juiz não crie direito, discussão, de resto, bastante antiga¹⁵, mas a isso não se pode dar o nome de interpretação. Como o ordenamento muitas vezes propicia mais de uma leitura possível da proposição normativa, há um grau de liberdade do intérprete, mas essa liberdade está necessariamente, como diz Reale, “contida nos limites de uma ‘estrutura objetivada’”, atuando como “uma condição inerente à natureza mesma do *ato interpretativo*: a atividade interpretativa, em verdade, tem como um de seus princípios essenciais o da fidelidade ao esquema ou estrutura objetivada, em função da qual pode se mover o investigador com relativa liberdade, desde que não desnature ou deforme a estrutura objetivada a que se acha vinculado”¹⁶.

Muito embora a interpretação seja o resultado de uma relação entre o intérprete e o ato de vontade consubstanciado na proposição normativa, de modo que esta, em certa medida, é também constituída pelo intérprete, é condição mesma de existência da interpretação jurídica que a norma interpretada possua significação

¹⁵ “O direito pretoriano é o que os pretores introduziram a fim de auxiliar, suprir ou corrigir o ius civile, por causa de uma utilidade pública” in *Digesto de Justiniano*, p. 18.

¹⁶ REALE, Miguel. *O Direito Como Experiência*, p. 243.

própria¹⁷. Seria, contudo, tarefa impossível aferir o grau de interferência pessoal no resultado da interpretação, razão pela qual o intérprete deve conectar as suas conclusões com os núcleos de objetividade, sendo este o único controle que se pode ter da pertinência das mesmas. A legitimidade do raciocínio exegético dá-se justamente na medida em que se expressa de modo “racional, objetivo e controlável, pois nada se coaduna menos com a idéia de Estado de Direito do que a figura de um oráculo despótico ou iluminado, que esteja acima da lei e dos critérios usuais de interpretação”¹⁸.

E o primeiro núcleo de objetividade a impor limites a quaisquer arroubos voluntaristas é justamente o texto da proposição normativa, de forma que o intérprete não pode “atribuir significado arbitrário aos enunciados normativos, indo além do sentido lingüisticamente possível, que é conhecido e/ou fixado pela comunidade”¹⁹.

Interpreta-se a proposição normativa que é a objetivação de um ato de vontade consistente na proposição de prescrição de uma determinada conduta desejada com o intuito de por fim ou de prevenir um conflito social. Aparentemente a norma prevê um fim a ser perseguido, mas esse fim, tido como bom por quem pôs a norma, é, na verdade, um valor. Dessa forma, toda interpretação jurídica é necessariamente axiológica. A proposição normativa jurídica, ao contrário do que pensa Kelsen, é justamente a concretização da eleição de um valor a ser perseguido como fim. Muito embora o primeiro aspecto evidenciado em uma norma jurídica seja o fim por ela perseguido, nada é posto como fim se não constitui antes algo valioso, bom, um valor. Portanto, toda norma de direito, assim como o próprio sistema jurídico, persegue a consecução de valores, razão pela qual a teleologia da

¹⁷ Melhor diria o filósofo, “o meu ato interpretativo procurando captar e trazer a mim o ato de outrem, não para que eu mesmo signifique, mas para que eu me apodere de um significado objetivamente válido.” REALE, Miguel. *O Direito Como Experiência*, p. 240.

¹⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. *Elementos de teoria da constituição e de interpretação constitucional*. In MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, pp. 68/69.

¹⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Elementos de teoria da constituição e de interpretação constitucional*. In MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 76.

norma pressupõe igualmente uma axiologia de modo que o “caráter necessariamente *teleológico* da interpretação jurídica é, pois, um ‘*consecutivum*’ da consistência essencialmente teleológica da norma de direito”²⁰.

Posta a proposição normativa para a resolução ou prevenção de um dado conflito social, para a sua compreensão, imprescindíveis se tornam as causas históricas de sua gênese²¹. Com efeito, sem o elemento histórico não se poderia compreender a razão de existência de determinada proposição normativa, o que levou aquele agrupamento humano a produzir determinada regra. No entanto, o intérprete não deve perder de vista que a descoberta dos motivos que ensejaram a criação da proposição normativa é apenas um elemento para a sua compreensão, sendo certo que o que se irá interpretar não será jamais a vontade que a criou, mas a proposição normativa posta uma vez que esta possui autonomia em relação à vontade que a criou.

A proposição normativa posta, mesmo que resultado das contradições dos embates parlamentares, mesmo que obscura, apresenta-se objetivamente como uma entidade lógica. Tendo por conteúdo a regulamentação de condutas, seria inconcebível fosse a norma despida de logicidade formal. No entanto, o instrumental lógico-jurídico, embora fundamental para a compreensão do enunciado da norma, é insuficiente para alcançar a sua *ratio* uma vez que “o *ato interpretativo* não se reduz à pura explicitação lógico-formal das relações ínsitas na estrutura das proposições normativas” tendo em vista que “o intérprete, visa compreender a norma, a fim de aplicar em sua plenitude o *significado nela objetivado*, tendo presentes os fatos e valores dos quais a mesma promana, assim como os fatos e os

²⁰ REALE, Miguel. *O Direito Como Experiência*, p. 253.

²¹ Por exemplo, a proibição do homicídio. Ao tempo dos dez mandamentos, a proibição de matar tinha determinadas razões bem mundanas. As tribos eram diminutas, sempre acossadas por inimigos externos, de modo que era imprescindível manter o maior número possível de guerreiros. Ademais, em tempos anteriores ao Talião, a morte de um membro de outro clã, não havendo proporcionalidade no revide, poderia levar a uma guerra fratricida. Passados cinco mil anos, embora mantido o mesmo preceito, com o mesmo significado, as razões atuais da proibição são bem outras, qual seja, a consciência do valor da vida humana como um fim em si mesmo. Ademais, já não se concebe que seja excluída da proibição a morte de quem quer que seja (mulheres, estrangeiros, etc.).

valores supervenientes”²². Portanto, a interpretação jurídica não se resume em aclarar logicamente o enunciado da proposição normativa, mas visa, antes de tudo, como resultado de uma compreensão, adaptar o preceito para as circunstâncias concretas da vida atual, nem sempre existentes ao tempo da nomogênese. Ao contrário da interpretação literária ou histórica, que são sempre contextuais ao momento da ocorrência do fato interpretado, a compreensão da norma jurídica não se limita jamais ao momento da nomogênese, sob pena de o intérprete a título de exegese fazer história do Direito, mas procura ao fim e ao cabo compreender o significado atual da norma jurídica.

A logicidade, contudo, não é apenas da proposição normativa posta, mas do ordenamento como um todo. Daí decorre o princípio da unidade lógica do ordenamento a ser observado por todo intérprete do Direito. Destarte, a interpretação jurídica não pode ser feita unicamente sobre o texto, mas deve confrontá-lo com o restante do sistema em um procedimento de adequação. Com efeito, não é incomum que algumas concepções de interpretação da norma jurídica conduzam a dois pontos equívocos. O primeiro, que estimula o formalismo, é considerar que a interpretação se faça em dispositivo isolado, sem considerar o conjunto do ordenamento e da própria realidade social sobre a qual a proposição normativa geral pretende atuar. O outro equívoco consiste em situar a interpretação unicamente em uma esfera de abstração, considerando-se apenas o texto, deixando-se os fatos ao momento prático da aplicação como se estes não fossem um momento intrínseco e necessário à atividade exegetica.

A interpretação jurídica é processo que sempre começa pelo fato. Seria mesmo impensável, por sua completa inutilidade, uma exegese jurídica que não partisse da compreensão e delimitação dos contornos do fato regulado. O objeto da proposição normativa é justamente a regulamentação de uma determinada situação da vida de forma que seria ilógico interpretar o texto sem antes não determinar a que se destina, ou seja, o seu fato típico. Como sintetiza Bobbio:

²² REALE, Miguel. *O Direito Como Experiência*, p. 247.

“Toda proposição prescritiva, antes de tudo, está composta de dois elementos constitutivos: a) o sujeito a que é dirigida a prescrição (que passaremos a chamar de ‘sujeito ativo’); e b) a ação prescrita (ou ‘objeto’). Inclusive a mais simples das proposições prescritivas, como, por exemplo, ‘levanta-te’, compreende um destinatário-sujeito e um comportamento-objeto. Não se pode pensar uma proposição prescritiva que não se dirija a alguém e que não se refira a um certo comportamento. Tomando em consideração uma norma jurídica, se constata a presença destes dois elementos: digo mais, o primeiro passo para interpretar uma norma jurídica é o de perguntar a quem se dirige e que comportamento contempla”²³.

O segundo equívoco refere-se à pretensão de encontrar a interpretação da proposição normativa por ela mesma. Ora, nenhuma proposição normativa está isolada e nem basta por si mesma. É, primeiramente, parte de uma lei, depois, de um conjunto de leis ou de um código, de um ramo de direito, tudo concebido de forma sistêmica. Essa concepção sistêmica do ordenamento normativo refere-se a um duplo sentido. No sentido dedutivo de que o conteúdo das normas inferiores está, em alguma medida, delimitado por normas superiores e no sentido sistêmico de que o todo está ordenado a fim de eliminar as eventuais contradições entre as suas partes simples²⁴.

Como apontou Bobbio²⁵, a compreensão do que seja Direito não pode ser completada a partir das normas, mas apenas quando se pensa o conjunto harmônico e sistemático dessas normas jurídicas, ou seja, a partir do ordenamento jurídico. A unidade do ordenamento jurídico é feita por meio do expediente da hipotética e pressuposta norma fundamental. Esse recurso lógico parece ser desnecessário

²³ “Toda proposición prescriptiva, ante todo, está compuesta de dos elementos constitutivos: a) el sujeto al que va dirigida la prescripción (que llamaremos en adelante ‘sujeto pasivo’); b) la acción prescrita (u ‘objeto’). Incluso la más simple de las proposiciones prescriptivas, como por exemplo ‘¡Levántate!’, comprende un destinatario-sujeto y un comportamiento-objeto. No se puede pensar una proposición prescriptiva que no se dirija a alguien y que no se refiera a un cierto comportamiento. Tomando en consideración una norma jurídica se constata la presencia de estos dos elementos: es más, el primer paso para interpretar una norma jurídica es el de preguntarse a quién se dirige y qué comportamiento contempla.” BOBBIO, Norberto. *Contribución a La Teoría del Derecho*. Valencia: Soler, 1980, p. 295.

É também Bobbio que diz que “o jurista não pode compreender o significado de uma proposição normativa sem remontar à realidade social, da qual esta proposição tirou não só a sua razão de ser, mas também as noções de que é composta.” Bobbio, Norberto. *Teoria della Scienza del Diritto*. Turim: 1950, p. 176, apud REALE, Miguel. *O Direito Como Experiência*, p. 257.

²⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 80.

²⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 29.

quando não há qualquer dúvida no seio da comunidade jurídica, e da própria sociedade, de que se deve obedecer ao disposto na Constituição. Portanto, é a Constituição que confere unidade ao ordenamento porquanto é nela que todas as demais normas hão de buscar a sua razão de ser. Ainda, esse ordenamento constitui um sistema, uma vez que há uma ordem entre as suas partes componentes de forma a evitarem-se as antinomias.

Compreende-se a interpretação sistemática como aquela que, reconhecendo a norma interpretada como parte de um todo ordenado, busca harmonizá-la com as demais normas e princípios do ordenamento. Isso é feito não apenas extraindo o significado da norma a partir de balizas traçadas pelo cotejo do conjunto das normas do mesmo instituto ou ramo do direito, mas, também, resolvendo eventuais antinomias, entendidas como a aparente incompatibilidade entre duas proposições normativas pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico e ao mesmo âmbito de validade. Com efeito, a fim de manter a coerência do ordenamento, não bastaria conferir à proposição normativa a melhor interpretação possível se isso conduzisse a contradições internas. É justamente essa compatibilidade das normas entre si e os princípios e valores encampados pelo ordenamento jurídico que torna possível seja este concebido como um sistema.

O sistema jurídico não é um sistema fechado. A sua “abertura” revela-se em dois sentidos: o primeiro devido à precariedade de sua compreensão, mal de todo ato cognitivo, sempre incompleto; e o segundo, à possibilidade de modificação do ordenamento tanto pela via legislativa, como pela via da aplicação. No entanto, toda a alteração do sistema, mesmo a que resulta da via interpretativa, a fim de preservá-lo, passará pelo crivo da prevenção e resolução de antinomias porquanto ao ordenamento repugna a incompatibilidade.

Kelsen entende o sistema jurídico como mera adequação de competências de modo que as normas de hierarquia inferior seriam válidas desde que a sua emissão fosse autorizada por uma norma de hierarquia superior. Preocupa-se com a validade formal das proposições normativa, único plano,

segundo ele, que propiciaria um conhecimento puro e objetivo do fenômeno jurídico. Bobbio refuta essa concepção porquanto seria inconcebível que um ordenamento jurídico coexistisse com normas mutuamente excludentes, sendo a inexistência de incompatibilidade material a característica essencial para definir-se a existência de um sistema jurídico.²⁶

No que toca ao ordenamento jurídico brasileiro, está ele sistematicamente organizado sobre ambos os aspectos antes referidos. Uma norma jurídica no Brasil somente será válida se observar o seu campo de competência e se for materialmente compatível com as demais normas e princípios do ordenamento. A interpretação sistemática suscita, portanto, a idéia de todo, de unidade, e essa idéia de unidade remete o intérprete à Constituição na qual, em um Estado Democrático de Direito, estão inseridos os princípios norteadores de todo o sistema jurídico.

A proposição normativa como objeto da interpretação, ocupa, sem dúvida, papel de destaque na atividade do exegeta, mais ainda quando se trata da norma constitucional tão carente de efetividade. Mas isso não obnubila a importância do fato ensejador da interpretação, o problema a ser resolvido e que deve ter solução adequada, e nem mesmo o papel criativo do próprio sujeito da interpretação que confronta o seu esquema axiológico com aquele encampado pela proposição normativa.

Em suma, a norma surge não da proposição normativa, mas é fruto de um processo dialético entre a parte e o todo, surgindo de sua interação com o sistema (ordenamento jurídico), ou, dito de outra forma, de sua interpretação teleológica e sistemática, do “conteúdo de significação da interpretação de textos e das inúmeras relações que mantêm entre si”²⁷. A proposição normativa oriunda de

²⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 80.

²⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999, p. 171.

um texto legal pode não constituir norma, por exemplo, em face de ser inconstitucional ou de necessitar da integração de outro dispositivo.

No entanto, o texto legal, posto não esgote em si o conjunto de proposições normativas, deve ter alta carga de normatividade. Não fosse assim: a) estaria frustrada a conquista iluminista no sentido de que as leis fossem claras e compreensíveis pelo público; b) o texto legal já não serviria como uma pauta de conduta para os destinatários; e c) a única sede efetiva de interpretação da norma seriam os tribunais (coisa julgada). Neste caso, o Direito perderia a sua principal função declarada de propiciar a segurança jurídica.

1.1.2. Interpretação constitucional

A primeira pergunta que se faz o intérprete tão logo se depara com a norma constitucional é se há diferença entre a interpretação jurídica em geral e a interpretação constitucional. O investigador atento logo perceberá que não é o objeto que se adapta ao método, mas, a fim de bem compreender, o método é que deve se adaptar ao objeto. Assim como cada ramo do direito possui suas particularidades, o Direito Constitucional também as têm e a natureza de seu objeto, ápice da pirâmide jurídica — o que impõe, desde logo, um critério de supremacia hierárquica — demanda uma atenção redobrada do intérprete. Com efeito, a norma constitucional em muitos aspectos diferencia-se das normas inferiores seja pelo seu preponderante conteúdo político e organizador do Estado e da própria Sociedade, seja pelo grau superior de abstração e indeterminação de seu texto²⁸, seja por sua suprema posição hierárquica frente às demais normas do ordenamento.

Barroso entende que, além dos três momentos clássicos da exegese jurídica, a exegese constitucional possui também o momento próprio da construção como um quarto estágio entendido como o procedimento de “tirar conclusões a respeito de matérias que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos

²⁸ Pois “enquanto os preceitos legais possuem um grau relativamente elevado de determinação material, de precisão de sentido e de conformação normativo-conceitual, as *normas constitucionais*, em sua quase totalidade, apresentam uma conformação normativo-material *fragmentária e fracionada*.” COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*, p. 77.

fatores nele considerados. São conclusões que se colhem no espírito, embora não na letra da norma. A interpretação é limitada à exploração do texto, ao passo que a construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas”²⁹. Nesta pesquisa não é aceita essa tese porquanto a norma não é apenas seu texto, mera proposição normativa, é também seu contexto, do momento da sua gênese, o atual e aquele que resultará de sua aplicação, os quais determinam a sua *ratio*, sendo isto o que se denomina de espírito da lei. Portanto, o processo de interpretação não se limita ao elemento gramatical, o qual circunscreve-se a extrair o significado dos vocábulos. Ainda quanto ao meio, a interpretação deve ser lógica, quando o intérprete busca a vontade da lei através do confronto entre os seus diversos dispositivos, com vistas a harmonizá-los e evitar contradições, e teleológica, determinando sejam identificados os valores protegidos e a finalidade da lei. Enfim, o que está no espírito da lei está na lei, cabendo ao intérprete, conforme as circunstâncias históricas, desvendá-lo, sendo esta a grande vantagem da polissemia e indeterminação das equações constitucionais. Aliás, é o próprio Barroso quem entende que

“a interpretação evolutiva, sem reforma da Constituição, há de encontrar limites. O primeiro deles é representado pelo próprio texto, pois a abertura da linguagem constitucional e a polissemia de seus termos não são absolutas, devendo estancar diante de significados mínimos. Além disso, também os princípios fundamentais do sistema são intangíveis, assim como as alterações informais introduzidas pela interpretação não poderão contrair os programas constitucionais”³⁰.

Com efeito, a Constituição de um país não é algo pronto e definitivo. O texto está terminado, mas a sua força normativa, o alcance de seus princípios e preceitos deve ser visto como um processo, um contínuo devenir tal qual a sociedade a que serve, uma vez que o texto posto desprende-se, ao longo do tempo, cada vez mais, do contexto histórico no qual foi produzido. A força normativa dos

²⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 98.

³⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 139.

dispositivos constitucionais, o seu alcance semântico, será definido e redefinido na medida mesma das transformações sociais, mas tal processo não se reduz a uma forma de construção, consistindo sim em verdadeira adaptação da constituição. Preservado o núcleo fundamental, o intérprete servirá de mediador entre o texto polissêmico da constituição e os fatos sociais.

A Constituição, notadamente a brasileira, mais do que um conjunto harmônico de regras é também um conjunto harmônico de princípios e valores adotados pelo constituinte. As regras, normalmente, são dotadas de preceito, hipótese de incidência e de consequência jurídica. Aos princípios, ao menos expressamente, faltam estes dois últimos elementos.

Os princípios são idéias sínteses, núcleos de valores, “são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins”³¹. Segundo Coelho “as regras valem *ou* não valem, incidem *ou* não incidem”, não admitindo qualquer ponderação, diferenciando-se dos princípios porquanto estes “são *mandatos de otimização* e não *ordenações de vigência* —, podem e devem ser aplicados na medida do possível e com diferentes graus de efetivação”³². Já para Ávila os princípios são “normas imediatamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com menor determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida”³³.

Aos princípios constitucionais cabe a tarefa de conferir unidade lógica ao texto constitucional resultado do embate de diversas correntes de pensamento, bem por isso servem de guia para a compreensão das normas infraconstitucionais.

³¹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 141.

³² COELHO, Inocêncio Mártires. *Elementos de teoria da constituição e de interpretação constitucional*. In MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 50.

³³ ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, p. 167.

BARROSO, entende que a interpretação constitucional há de iniciar sempre pelos princípios de modo a identificar “o princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie”³⁴, embora refute a distinção entre regras e princípios visto que ambas têm a mesma natureza de normas, cabendo aos princípios, “além de uma ação imediata, quando diretamente aplicáveis a determinada relação jurídica, uma outra, de natureza mediata, que é a de funcionar como critério de interpretação e integração do Texto Constitucional”.³⁵

Os princípios, sempre enunciados de forma ampla e indeterminada, com alto grau de abstração quanto à conduta esperada:

“são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, ‘são – como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira – ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem *valores* e *bens* constitucionais”. Mas, como disseram os mesmos autores, ‘os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em *normas-princípio* e constituindo preceitos básicos da organização constitucional”³⁶.

E aqui reside uma outra diferença: as regras jurídicas são aquelas reconhecidas como tal no texto do ordenamento, enquanto que nem todos os princípios foram positivados, notadamente os princípios de interpretação.

Essa distinção entre princípios e regras leva-nos a alargar o conceito de interpretação e de reformular o conceito de interpretação sistemática. Com efeito, já não são apenas as regras que sofrem a intervenção exegética do intérprete, mas também os princípios e os valores hão de sofrer também um processo de adequação e harmonização com o todo. Nesse passo é que se adota o conceito de interpretação sistemática formulado por Freitas consistente no procedimento de atribuição da

³⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, p. 141.

³⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, p. 142.

³⁶ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 85.

“melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da adequação teleológica, tendo em vista solucionar casos concretos”³⁷.

Bobbio considera a existência do que denominou de antinomias de princípio no sentido de que:

“um ordenamento jurídico pode ser inspirado em valores contrapostos (em opostas ideologias): consideram-se, por exemplo, o valor da liberdade e o da segurança como valores antinômicos, no sentido de que a garantia da liberdade causa dano, comumente, à segurança, e a garantia da segurança tende a restringir a liberdade; em consequência, um ordenamento inspirado em ambos os valores se diz que descansa sobre princípios antinômicos. Nesse caso, pode-se falar em *antinomias de princípio*. As antinomias de princípio não são antinomias jurídicas propriamente ditas, mas podem dar lugar a normas incompatíveis. É lícito supor que uma fonte de normas incompatíveis possa ser o fato de o ordenamento estar minado por antinomias de princípio”³⁸.

A antinomia de princípios seria uma antinomia imprópria porquanto o ordenamento poderia coexistir com princípios antagônicos, não podendo apenas coexistir com as eventuais normas antagônicas geradas a partir desses princípios, neste momento, sim, presente uma antinomia real.

O que ocorre é que nenhum princípio é absoluto quando em cotejo com outros princípios adotados pelo mesmo sistema de valores. A sociedade não poderia coexistir se elegeisse apenas um valor a ser perseguido e todos os demais a ele sucumbissem. Por exemplo, dada sociedade elegeu o bem supremo da vida como único valor a merecer a tutela jurídica. Essa sociedade não poderia mais extrair minérios em minas subterrâneas uma vez que as estatísticas demonstram que, mesmo que adotadas todas as técnicas disponíveis há um risco considerável de

³⁷ FREITAS, Juarez. *Interpretação sistemática do Direito em face das antinomias normativas, axiológicas e principiológicas*. 1994. 234 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 53.

³⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 90.

acidentes fatais³⁹. Para que uma sociedade exista e avance sua organização deve, necessariamente, estar assentada sobre um conjunto de princípios relativos entre si. O que haverá, certamente, é, diante de determinadas situações concretas, a preponderância de um princípio sobre o outro. Dessa forma, ao contrário das regras que demandam fórmulas para superação de antinomias, os princípios dispensam-nas, pois:

“admitem *convivência* e *conciliação* com outros princípios eventualmente concorrentes, que ofereçam razão para soluções em sentido contrário, tudo num complexo *jogo concertado* de complementação e restrição recíprocas e num processo dialético, que se iniciam no momento da sua aplicação às situações da vida e que se concluem quando o intérprete, concretizando-as, logra apreender o sentido e o alcance dessas pautas axiológicas”⁴⁰.

Desta forma, assim como Freitas, compreende-se o “sistema jurídico como sendo uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Lei Maior”⁴¹.

Portanto, o processo de interpretação constitucional não deixa de ser uma espécie de interpretação jurídica. Contudo, diferencia-se deste na medida mesma da diferença de seu objeto. Ao contrário da interpretação de regras jurídicas infraconstitucionais, cujo elemento sistemático não raro busca ajuda em normas superiores ou mesmo de outros ramos do direito, a Constituição não permite este expediente justamente por ser o ápice do sistema normativo. A interpretação

³⁹ A saúde pública no Brasil faz uma espécie de cálculo macabro. Se não há epidemia, por exemplo, de meningite, não faz vacinação, considerando como “razoável” o número de óbitos anual que ocorrem em razão dessa doença. Fosse a vida um valor absoluto no Brasil e a vacinação seria impositiva.

⁴⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. *Elementos de teoria da constituição e de interpretação constitucional*. In MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 47.

constitucional, portanto, não obstante poder valer-se do instrumental hermenêutico em geral, deve buscar no seu próprio objeto os critérios de objetividade para a sua correta compreensão. São os princípios constitucionais, pois, que fornecerão esses instrumentos de compreensão. Mas não apenas os princípios positivados e sim também aqueles, metaprincípios, que servem de amálgama para as normas, valores e princípios incorporados ao texto constitucional.

Para os fins deste trabalho, tendo em vista unicamente a pertinência com o conteúdo desta dissertação, que não pretende fazer exegese típica de controle de constitucionalidade, uma vez que não se debruça sobre atos infraconstitucionais, mas sim pretende realizar exegese de constituição, foram selecionados os seguintes princípios: supremacia da constituição, proporcionalidade, razoabilidade, unidade da constituição e efetividade. Foram desprezados aqueles princípios tipicamente de apreciação de constitucionalidade das leis, como o da interpretação conforme a constituição, porquanto não se coadunam com os propósitos desta pesquisa.

1.1.3. Princípios de interpretação constitucional

Um efetivo conhecimento da constituição é propiciado pelo estudo dos princípios que a regem. Os princípios constitucionais não possuem hierarquia normativa entre si. Na realidade, todos eles cumprem funções distintas dentro do sistema, cada qual ocupando seu espaço de abrangência, cabendo ao aplicador do direito conciliá-los.

Os princípios constitucionais, apesar de não expressamente declarado, integram o sistema constitucional positivo e podem ser classificados principalmente em relação ao seu alcance e posição ocupada dentro do sistema. Cada princípio possui o seu campo de atuação e dividem-se, conforme Barroso⁴², em *princípios fundamentais*, *princípios gerais* e *princípios setoriais ou especiais*. Os princípios fundamentais caracterizam-se por estabelecerem a estrutura política do Estado,

⁴¹ FREITAS, Juarez. *Interpretação Sistemática do Direito em Face das Antinomias Normativas, Axiológicas e Principiológicas*, p. 30.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 144.

sendo o “núcleo imodificável do sistema, servindo como limite às mutações constitucionais”⁴³. Os princípios constitucionais gerais têm menor grau de abstração e, vias de regra, especificam os direitos fundamentais e permitem “a tutela imediata das situações jurídicas que contemplam”⁴⁴. Os princípios setoriais ou especiais, por sua vez, dizem respeito a um conjunto específico de normas ligadas a um tema afim. Estes princípios têm um campo de atuação menor, mas, quando atuam, superam princípios de cunho generalizado.

Na prática, os princípios, no ordenamento constitucional, na visão de Barroso, cumprem o papel de “embasar as decisões políticas fundamentais tomadas pelo constituinte e expressar os valores superiores que inspiram a criação ou reorganização de um dado Estado”, além de servirem de “fio condutor dos diferentes segmentos do Texto Constitucional, dando unidade ao sistema normativo” e pautarem “a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas vigentes”⁴⁵.

1.1.3.1. A primazia da constituição

A Constituição ocupa lugar de destaque, de supremacia em relação às demais normas. Saber qual a natureza dessa supremacia, como ela se efetiva e qual a força do órgão controlador, é premissa sem a qual não se poderá responder à problemática suscitada por este trabalho.

A Constituição é uma revolução. Ela não respeita o passado, no sentido de que com ele não tem compromissos. Ela é fundante de algo novo e é expressão de um poder constituinte soberano que organiza a si mesmo como uma consciência que se reconhece. Ela é, pois, a norma fundante do ordenamento, o sobredireito que não apenas é superior a todos os demais, mas que os cria, criando a si própria. Para que mantenha essa dignidade superior, a Constituição há de ser rígida, prevendo processo mais difícil para a sua reforma. Dessa forma, a norma que não encontra

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 145

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 145

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 146

referência na Constituição é uma não norma, uma vez que a “norma que proporciona a unidade do sistema normativo é a Constituição, considerada, desta forma, como fundamento de validade de um determinado ordenamento jurídico”⁴⁶.

Mendes cita um trabalho de Rui Barbosa no qual ele discorria, com base em Dicey, sobre o significado do termo inconstitucionalidade. Concluía, o ilustre brasileiro, que em relação a uma constituição não escrita, como a inglesa, a norma dita inconstitucional padecia apenas de uma oposição ao espírito constitucional que não lhe retirava a eficácia, tal qual o filho que mesmo desapontando o pai não perde essa qualidade. De outro lado, em um país dotado de constituição escrita, mas cujo Judiciário não tivesse competência para deixar de aplicar a norma, o texto, mesmo contrário, deveria ser obedecido, de modo que a constituição não teria a natureza de uma norma fundante, mas meramente indicativa do caminho a seguir. Por fim, em países de constituição rígida, vale dizer, naqueles onde a constitucionalidade das normas infraconstitucionais é aferida por um órgão independente, o texto infraconstitucional, incluindo emendas constitucionais, que desobedecesse ao texto matriz escrito seria considerado nulo⁴⁷. Com efeito, a “superlegalidade *formal* identifica a Constituição como a fonte primária da produção normativa, ditando competências e procedimentos para a elaboração dos atos normativos inferiores. E a superlegalidade *material* subordina o conteúdo de toda a atividade normativa estatal à conformidade com os princípios e regras da Constituição”⁴⁸.

A Constituição brasileira é rígida no que toca à sua supremacia sobre todos os demais normativos que compõem o sistema que a ela devem adequar-se e referir-se, no sentido de que na Constituição encontram a sua fonte de legitimidade. É rígida porque somente pode ser alterada na forma e nos limites por ela mesma previstos de modo que constitui-se em sobredireito. Segundo Barroso, tanto a primazia da constituição, como o controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário, são mecanismos por meio dos quais “retira-se do jogo político do dia-a-

⁴⁶ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 10.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade*, p. 6.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 153.

dia e, pois, das eventuais maiorias eleitorais, valores e direitos que ficam protegidos pela rigidez constitucional e pelas limitações materiais ao poder de reforma da Constituição”⁴⁹.

1.1.3.2. Princípio da unidade da constituição

Um olhar sociológico perceberá a Constituição produzida por uma assembléia como o resultado de uma pluralidade de concepções diversas, muitas delas antagônicas entre si⁵⁰. Ao olhar externo, as normas e princípios constitucionais positivados aparecem como o reflexo desses embates ideológicos⁵¹.

No entanto, sob o prisma jurídico, a Constituição apresenta-se como uma totalidade harmônica, como o resultado de uma decisão única de um único órgão: o constituinte. Pela mesma razão antes exposta de que não se admitem leis contraditórias, a interpretação da Constituição deve ser feita de modo a harmonizar todas as suas disposições em uma unidade lógica. Por isso que toda interpretação constitucional há de ser sempre sistemática e o conhecimento da constituição há de ser um conhecimento total sobre ela a fim de que a interpretação de um determinado dispositivo não venha a colidir com a interpretação resultante de outro dispositivo⁵².

Esse princípio da unidade da constituição é tributário da regra de coerência que, por sua vez, tutela a idéia de eficácia do ordenamento. Com efeito, se a função das normas é garantir determinados comportamentos esse desiderato não seria alcançável se as normas, ou a interpretação que se faz delas, fossem incompatíveis entre si. A paz no trânsito não seria alcançada se, em uma mesma esquina, houvesse duas placas, uma proibindo a conversão à direita e a outra

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 157

⁵⁰ Por exemplo, o art. 37, II da CRFB/88 estabelece o princípio do concurso público para o acesso aos cargos públicos com a única exceção dos cargos em comissão. No entanto o art. 94 informa que os cargos dos tribunais serão preenchidos, não apenas pelos juizes de carreira, mas também por advogados e membros do ministério público.

⁵¹ Quando não de meros interesses patrimonialistas.

⁵² Assim, no exemplo dado, não poderá o intérprete ater-se ao mero texto do Art. 37, II para dizer que, no Brasil, afóra os cargos ditos de confiança, todos os demais serão providos por concurso público. Os cargos dos tribunais, conforme o Art. 94, não são providos todos por concursados.

determinando a mesma conversão. Se um ordenamento convivesse com a existência de normas antagônicas então esse ordenamento seria ineficaz para alcançar condutas desejadas. Nem mesmo poderia ser denominado de ordenamento porquanto a negação implica em uma espécie de vazio, não havendo parâmetro, paradigma, aquilo que se considera normal e, portanto, o incerto se tornaria o normado.

Quando as normas antinômicas partem da mesma autoridade (ou quando elas possuem idêntica autoridade) o critério normal de resolução é o cronológico ou o da especialidade. Aplicando-se o primeiro critério, a conclusão seria a revogação tácita da penúltima ordem ou, no caso de aplicação do critério da especialidade, a prevalência da norma especial. Na verdade, não haveria aí propriamente um critério de resolução, mas, simplesmente, um critério para indagar-se qual das normas subsiste.

A rigor, as antinomias de normas jurídicas serão sempre aparentes, ou seja, não existem efetivamente no âmbito do jurídico⁵³. Feita essa ressalva, o estudo das antinomias de normas jurídicas é feito como se realmente existissem apenas para fins pedagógicos.

No plano das normas a antinomia só é possível quando as normas opostas provierem de autoridades diferentes. Aí o *critério cronológico* não encontrará mais aplicação, sendo substituído pelo critério da hierarquia ou, mais modernamente, da competência⁵⁴. Mas se as diferentes autoridades estivessem no mesmo plano hierárquico ou de competência, como duas ordens emanadas de coronéis ou a antinomia encontrada entre os dispositivos de uma mesma lei, os critérios antes referidos não seriam aplicáveis.

⁵³ Em outras ciências as antinomias podem existir e, nesse caso, a solução pode ser que uma das proposições, quando não ambas, deve ser afastada (ex. $2 + 2 = 5$; $2 + 2 = 6$).

⁵⁴ Por exemplo: norma promulgada pela União em oposição à norma promulgada pelo Município. Se a matéria for referente ao peculiar interesse do município a norma da União será afastada por inconstitucionalidade.

Bobbio entende que, nesse caso, não haveria como expungir uma das normas do ordenamento porquanto ambas seriam válidas⁵⁵, podendo o juiz, ao seu livre arbítrio, ora aplicar uma das normas, ora aplicar a outra, muito embora isso vulnere tanto a exigência de certeza que o ordenamento deve conferir aos cidadãos na previsão das conseqüências de suas condutas, como, onde não vigora o sistema do precedente judicial, vulnera também o princípio da isonomia .

No âmbito constitucional, o dever de coerência não pode implicar na ab-rogação de uma das normas antagônicas porquanto ambas são válidas. Ademais, os diferentes princípios e regras constitucionais, mesmo que em aparente conflito, devem ser interpretados de forma a extrair deles toda a carga de eficácia que possuem, sendo que a restrição que se faz por meio da interpretação constitucional é unicamente para harmonizá-los, jamais para fulminá-los. Portanto, a restrição dos dispositivos constitucionais deve ser a mínima possível necessária e suficiente à eliminação do conflito.

Essa profilaxia do conflito de normas constitucionais é feita por meio de uma ponderação de bens e valores de modo a “identificar o bem jurídico tutelado por cada uma delas, associá-lo a um determinado valor, isto é, um princípio constitucional ao qual se reconduz, para, então, traçar o âmbito de incidência de cada norma”⁵⁶. No entanto, ainda conforme Barroso, tal procedimento revela-se insuficiente, uma vez que “inexiste hierarquia normativa entre as normas constitucionais, sem qualquer distinção entre as normas materiais ou formais ou entre normas-princípio e normas-regra. Isso porque, em direito, hierarquia traduz a idéia de que uma norma colhe o seu fundamento de validade em outra, que lhe é superior”⁵⁷. Não obstante, o referido autor adverte que é possível vislumbrar a posição de destaque de determinadas normas constitucionais seja porque isto foi expressamente feito pelo constituinte, seja pelo fato de que a lógica do sistema

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 112.

⁵⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 185.

⁵⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 187.

constitucional o impõe. Com efeito, há um núcleo intocável de bens protegidos pela CRFB/88 (art. 60, § 4º) que, por sua vez, são a expressão de valores e princípios. Por essa razão é possível e necessário adotar “uma hierarquia *axiológica*, resultado da ordenação dos valores constitucionais, a ser utilizada sempre que se constatarem tensões que envolvam duas regras entre si, uma regra e um princípio ou dois princípios”⁵⁸.

1.1.3.3. Princípio da proporcionalidade

A proporcionalidade é também conhecida como o princípio da proibição de excesso e informa que o agir estatal, notadamente quando implica em restrições à liberdade individual, deve ser o estritamente necessário à consecução do fim a que se destina. Dessa forma, deve haver uma adequação entre os meios e os fins perseguidos, a fim de que sejam evitadas restrições desnecessárias ao cidadão. Tal princípio introduz a idéia de ponderação, na interpretação jurídica, dos interesses protegidos, a fim de que, no caso concreto, se encontre a solução mais justa possível. O excesso deve ser afastado uma vez que “a providência administrativa *mais extensa* ou *menos intensa* do que o requerido para atingir o interesse público insculpido na regra aplicanda é inválida, por consistir em um transbordamento da finalidade legal”⁵⁹.

No que interessa a esta pesquisa, a razão que inspira o princípio da proporcionalidade é a indagação sobre a liberdade do legislador, os limites de sua atuação, principalmente naqueles pontos em que a constituição não é específica. Portanto, a proporcionalidade é forma de controle do próprio mérito do ato infraconstitucional, seja ele do legislador, seja do administrador. Destarte, fica claro que o Princípio da Proporcionalidade refere-se, primordialmente, à aferição da adequação constitucional de um ato infraconstitucional, sendo mister justificar a sua presença em um trabalho que pretende ser, como se disse, de mera exegese

⁵⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 187.

⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 39.

constitucional e não de controle de constitucionalidade. Mas, aqui, extrai-se desse princípio apenas o que ele oferece para a compreensão da própria Constituição.

A doutrina e a jurisprudência que seguem a orientação americana costumam extrair a norma da proporcionalidade da cláusula do devido processo legal. Já a tradição alemã extrai o princípio dos postulados referentes ao Estado Democrático e de Direito. De toda forma, em ambas as tradições, o princípio ainda está em construção, não no sentido de que não possa ser explicitado, mas no sentido de que, dado a abertura de sua configuração, novas exigências podem ser carreadas ao ordenamento por essa via. Por isso, antes mesmo de qualquer tentativa de conceituação, deve-se compreender que o desenvolvimento atual do princípio admite novos e imprevisíveis desdobramentos. Já na lição de Barros,

“O princípio da proporcionalidade tem dignidade constitucional na ordem jurídica brasileira, pois deriva da força normativa dos direitos fundamentais, garantias materiais objetivas do Estado de Direito. É haurido principalmente da conjugação dos artigos 1º, III; 3º, I; 5º, caput, II, XXXV, LIV e seus §§ 1º e 2º; 60, § 4º, IV. Nesse sentido, complementa o princípio da reserva da lei, a ele incorporando-se, de modo a converter-se no princípio da reserva legal proporcional. O legislador brasileiro deve, portanto, observá-lo na regulação das medidas limitativas desses direitos, de modo a unicamente restringi-los quando os meios utilizados sejam idôneos, necessários e proporcionados em relação com a consecução de fins constitucionalmente legítimos”⁶⁰.

A proporcionalidade manifesta-se pela adequação, a necessidade do meio e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação exige que a medida restritiva a ser adotada no caso concreto seja apta a atingir o fim almejado. Ou seja, cabe ao legislador verificar a adequação dos meios aos fins na atividade legiferante e ao juiz, quando da aplicação da lei que restrinja a esfera de liberdade do cidadão, verificar se a medida restritiva tem condições de alcançar o objetivo almejado. O meio é necessário quando, sendo eficaz para alcançar o fim pretendido, cause a menor restrição possível. Assim,

devem ser cotejadas as diversas formas de se resolver um aparente conflito de direitos fundamentais de modo que o meio escolhido seja realmente o de menor gravame para o titular do direito a ser restringido. O fim alcançado deve encontrar amparo no sistema constitucional no sentido de que seja um fim que resguarda valores encampados pelo ordenamento. Portanto, a relação entre o custo, incluindo-se aqui a restrição de direitos constitucionais, e o benefício (fim perseguido) deve ser razoável. Porquanto a ingerência do Estado, sobretudo sobre as liberdades fundamentais, há de ser a menor possível, aquela que cause menor dano ao bem a fim de alcançar a finalidade pretendida. Tudo o que ultrapassar o mínimo necessário é considerado abuso e deve ser afastado.

Esse exame deve ser feito de forma negativa, pois a lei só deve ser anulada quando se apresentar inidônea para atingir o objetivo a que se destina. Uma lei pode contemplar uma relação meio-fim adequada quando da sua edição e posteriormente mostrar-se incompatível com a constituição. Devido a esta dinâmica é que uma medida restritiva que foi adequada num determinado momento social pode passar a ser inadequada em outro momento.

Nas palavras de Barros “a aferição da necessidade de uma restrição a direito fundamental dá-se tanto qualitativa como quantitativamente. De fato, uma medida legislativa restritiva considerada apta quanto ao modo de restrição conducente ao resultado a ser obtido pode se revelar totalmente inadequada quando se questiona, por exemplo, a sua duração no tempo”⁶¹.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito realça a idéia de equilíbrio que deve haver entre valores e bens. O juiz até pode considerar adequada certa restrição considerando a sua finalidade ou mesmo pode chegar à conclusão de que inexistente meio menos gravoso para atingir determinado objetivo. Isto não quer dizer, no entanto, que se está diante de um caso em que se legitima livremente a

⁶⁰ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, pp. 210-1.

⁶¹ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. p. 79.

restrição de determinado direito fundamental. Pelo contrário, há ainda que se observar qual o interesse ou o bem que tem a precedência. É o caso de uma colisão de direitos, pois há medidas legais previstas para garantir um direito constitucional que acabam afetando outro direito também protegido pela constituição.

1.1.3.4. Princípio da razoabilidade

Onde o constitucionalismo possui desenvolvimento complexo é aceito que os juízes possam aferir a razoabilidade e racionalidade dos preceitos normativos, notadamente quando resultem de escolhas legislativas ou administrativas que criem distinções entre os cidadãos. Quanto mais se progride e se organiza uma coletividade, maior serão as diferenças contempladas pelas normas no tocante a questões, por exemplo, de sexo, atividade e situação econômica.

Por esse princípio compreende-se que as diferenças criadas pelos atos dos agentes estatais devem ser razoáveis e racionais, evitando-se o arbítrio e o capricho. A produção no campo normativo deve ser revestida de meios idôneos e necessários para a conquista das finalidades previstas pela constituição. Como posto por Castro, “os atos do Poder Público curvam-se aos reclamos da razão, sujeitando-se, em seu mérito, ao questionamento quanto à congruência entre meios e fins, que deve cumpridamente fundamentar a intromissão estatal na esfera de autonomia privada”⁶².

A investigação constitucional da razoabilidade e da racionalidade é uma proteção contra as normas e decisões arbitrárias que é conquistada a partir da conjugação do princípio da isonomia ou da igualdade jurídica com o devido processo legal. A aferição da racionalidade e da razoabilidade diz respeito ao mérito do ato praticado, revelando um *due process of law* substancial. Segundo Barroso, a:

“atuação do Estado na produção de normas jurídicas normalmente far-se-á diante de certas circunstâncias concretas; será destinada à realização de determinados fins, a serem atingidos pelo emprego de determinados

⁶² CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, p. 158.

meios. Desse modo, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Além disso, há de se tomar em conta, também, os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre esses elementos”⁶³.

Exemplos nos quais a lei pode ter seguido fielmente as normas relativas ao devido processo legal formal, mas que padece de razoabilidade e racionalidade, são os seguintes: distinção entre proprietários de veículos de cor amarela e proprietários de veículos de cor verde, entre canhotos e destros, entre pessoas com diferentes tipos de penteados. São situações em que se evidencia “a ruptura do vínculo de congruência entre os fins visados pela regra classificatória e os meios a que ela pretensamente serve e que ela própria edita para o seu pleno atingimento”⁶⁴.

Razoabilidade é, em síntese, regra de prudência e sensatez conforme a qual, o intérprete, o Legislador ou o Administrador, deve agir de forma razoável, ou seja, lógica, congruente, sensata, situando-se, conforme ensina Mello⁶⁵, dentro de parâmetros “aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida”. Cuida-se, portanto, de uma relação de perfeita sintonia e adequação entre os motivos, os fins, e o ato praticado. Ainda segundo Mello⁶⁶:

“não se poderia supor que a lei encampa, avaliza previamente, condutas insensatas, nem caberia admitir que a finalidade legal se cumpre quando a Administração adota medida discrepante do razoável. Para sufragar este entendimento ter-se-ia que atribuir estultice à própria lei na qual se haja apoiado a conduta

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 206.

⁶⁴ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. p. 163-4.

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p. 79.

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p. 39.

administrativa, o que se incompatibilizaria com princípios de boa hermenêutica”⁶⁷.

1.1.3.5. Princípio da efetividade

Cuida-se de princípio vinculado a garantir que a interpretação e a aplicação das normas constitucionais, sobretudo as referentes aos direitos fundamentais, alcancem a máxima eficiência possível no sentido de que da norma se possa extrair toda a sua gama de significados próprios em face de uma dada realidade. O princípio da efetividade é uma cláusula de otimização, um princípio de ótima concretização da norma de modo a fazer com que incida da forma mais ampla possível, não apenas em razão de suas potencialidades semânticas, mas na medida das condições sociais vigentes no momento da aplicação. É um princípio que pondera a potencialidade de sentidos possíveis a extrair da norma com as condições sociais de sua plena realização.

Não se confundem os conceitos de vigência, vigor e eficácia. Segundo Diniz⁶⁸, a vigência é o tempo de vida da norma, o qual, entre nós, começa com a publicação e encerra com a revogação ou, no caso das normas temporárias, com a conclusão do prazo fixado. Vigor é poder, a força inerente a algum ser. Em se tratando de normas é sua força normativa, o atributo que confere a submissão de condutas humanas. Juridicamente, toda norma nasce para ser aplicada, no entanto, para que essa norma possa efetivamente incidir sobre o fato social é preciso que esteja dotada de certa capacidade para produzir efeitos, de eficácia. Vigência, vigor e eficácia são, pois, três momentos distintos de um mesmo fenômeno normativo.

⁶⁷ Por exemplo: a) é razoável que em uma escola pública que atende crianças carentes a Administração Pública compre alimentos para a merenda escolar. Seria razoável prestar esse serviço se todas as crianças fossem abastadas? b) Não é razoável a contratação de religioso para “elevar o moral” de determinado órgão administrativo. c) O STF já decidiu que é inconstitucional lei que estende a inativos o benefício de 1/3 de férias concedido aos ativos (ADIN 1.158-8). Atende ao princípio da razoabilidade as vultosas somas destinadas à publicidade de atos de governo ou, em se tratando de entidade pública, quando ela detém monopólio da atividade?

⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*, 1992.

Também deve-se distinguir eficácia e efetividade. Segundo Ferraz Jr. por:

“efetividade deve-se entender a observância verificada, a aplicação e a obediência ocorridas. A norma efetiva é a norma observada em larga extensão. Já eficácia deve ser termo relacionado com as condições de aplicação e obediência, portanto àquelas condições que tornam a norma aplicável e obedecível. Pode-se, assim, dizer, de uma norma, já no momento inicial de sua vigência, se ela é eficaz, ainda que não tenha ocorrido de fato o fenômeno da sua aplicação e obediência”⁶⁹.

Ainda quanto à eficácia, é conhecida a classificação das normas constitucionais em programáticas e não-programáticas. Aquelas, por sua natureza principiológica, seriam despidas de eficácia enquanto não completadas por normas infraconstitucionais, enquanto estas, seriam desde já auto-executáveis porquanto seus comandos, dotados de plena eficácia, estariam aptos a incidir sobre a situação normada. Pode-se dizer que esta orientação está em descompasso com o atual Direito Constitucional que vislumbra a Constituição como norma e, portanto, dotada toda ela de alguma eficácia jurídica. Mesmo a norma constitucional que demande a existência de lei para ser aplicada é dotada de eficácia jurídica, pois a sua existência, por si só, face ao princípio da superioridade da Constituição, obsta a edição de normas infraconstitucionais em sentido contrário. Destarte, mesmo que a Constituição, em alguns aspectos, dependa do legislador ordinário para ser aplicada ela tem a força de impedir a atuação legislativa que viole o seu conteúdo.

Dessa forma Silva⁷⁰ classifica as normas constitucionais em normas de *eficácia plena*, *eficácia contida* e *eficácia limitada*. Aquelas, assim como as normas de eficácia contida, desde seu nascimento, impõem-se à obediência dos destinatários, pois contém em si todos os elementos necessários à sua aplicação. O que diferencia as normas de eficácia plena das de eficácia contida é a possibilidade de o legislador infraconstitucional, autorizado que está pela própria Constituição, limitar o alcance das segundas. Por fim, as normas de *eficácia limitada* são normas

⁶⁹ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*, p. 15.

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1999.

que não veiculam comandos, mas princípios (*institutivos* ou *programáticos*), de modo que somente obtêm aplicação com a edição da legislação infraconstitucional.

Mais específica, mas na mesma linha de pensamento, Diniz⁷¹, consoante a eficácia, classifica as normas constitucionais em *normas com eficácia absoluta, eficácia plena, eficácia relativa restringível* e *eficácia relativa complementável*. Os dois primeiros tipos, as de eficácia absoluta e plena, caracterizam-se por incidirem plenamente desde a promulgação da Constituição, visto que possuem “todos os elementos imprescindíveis para que haja a possibilidade da produção imediata dos efeitos previstos”⁷², não dependendo de qualquer complementação infraconstitucional. Contudo, enquanto as segundas admitem alteração por emenda constitucional, as de eficácia absoluta, por constituírem o núcleo fundamental da Constituição, são imunes à qualquer alteração. As *normas de eficácia relativa restringível* são normas de eficácia plena, uma vez que possibilitam a regulamentação de condutas, não obstante admitam expressamente restrição de sua abrangência pelo legislador ordinário. Por fim, as normas de *eficácia relativa complementável* são aquelas de aplicação mediata, porquanto dependem de um normativo infraconstitucional para serem efetivamente aplicadas, “mas terão eficácia paralisante de efeitos de normas precedentes incompatíveis e impeditiva de qualquer conduta contrária ao que estabelecem”⁷³.

Segundo Barroso a efetividade situa-se além do plano de eficácia, além da mera capacidade jurídica de produzir efeitos, coincidindo com a sua efetiva aplicação, seja espontânea ou coativa, porquanto é:

“nesse plano da realidade, esse quarto plano, situado fora da teoria convencional, que se vai encontrar a *efetividade* ou eficácia social da norma. Diz ele respeito, como assinala Miguel Reale, ao cumprimento efetivo do direito por parte de uma sociedade, ao ‘reconhecimento’ (*Anerkennung*) do direito pela comunidade ou, mais particularizadamente, aos efeitos que uma regra suscita através do seu

⁷¹ DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*, 1992.

⁷² DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*, p. 100.

⁷³ DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*, p. 102.

cumprimento. Cuida-se, aqui, da concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos”⁷⁴.

Para ele, a efetividade importa não apenas na incidência jurídica sobre os fatos sociais que regula, mas também com a real adequação dos comportamentos à norma, seja porque os agentes sociais pautam suas condutas pelo normado, seja porque, quando isso não se dá, o Estado impõe a aplicação.

O Direito Constitucional tem sido, desde Lassalle (1862), questionado sobre a sua capacidade de limitar o poder. Segundo Lassalle⁷⁵, a Constituição, frente aos fatores reais de poder, não seria mais do que um pedaço de papel. Portanto, não haveria uma normatividade constitucional, mas apenas questões políticas, resolvidas consoante a correlação de forças existente. A concepção de Lassalle influenciou a doutrina e Georg Jellinek concluiu que a Constituição não possui força normativa sobre os poderes políticos os quais “*movem-se consoante suas próprias leis*”⁷⁶. Nessa linha, a constituição jurídica somente seria eficaz tal e quando coincidente com a constituição real. Contudo, face à estática do texto escrito em confronto com a dinâmica da vida social, essa coincidência seria apenas uma hipótese acadêmica, havendo sempre uma tensão ineliminável entre ambas, resolvida sempre em favor da segunda. Dessa sorte, sucumbindo a constituição jurídica em face da constituição real, o próprio Direito Constitucional seria uma inutilidade, vez que destinado a realizar a exegese jurídica de algo que não é jurídico, não lhe cabendo outra tarefa que não a de justificar as relações de poder dominantes e, deixando de ser ciência normativa, passar a ocupar a posição de ciência do ser.

Para Hesse o condicionamento recíproco é um dado, uma evidência, de modo que o jurista deve buscar um caminho alternativo entre a normatividade pura e a ausência de qualquer força normativa. É crucial diferenciar-se a *pretensão de eficácia* da norma constitucional das *condições* de sua realização. A norma

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 219-20.

⁷⁵ LASSALLE, Ferdinando. *Que es una constitución?*, 1957.

⁷⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*, p.10.

constitucional nasce para regular uma possível situação. Portanto, nasce para ser aplicada. É, no entanto, fruto de uma dada situação social nas quais mesclam-se “*condições naturais, técnicas, econômicas e sociais*”⁷⁷. Embora tenha origem nessas condições, em virtude da pretensão de eficácia, a “*Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social*”.⁷⁸ A Constituição é, destarte, condicionada e condicionante em um mesmo processo. Pode-se diferenciar constituição e realidade, mas não separá-las. Essa mútua condicionalidade não implica, contudo, determinação absoluta.

A Constituição deve ser construída de forma racional, mas em obediência às suas condicionantes históricas. Ela é fruto de um processo histórico que lhe é anterior e conformador. A razão pode dar a forma, mas há de respeitar a natureza das coisas, as circunstâncias e o caráter nacional. Aí estão os limites de sua força normativa. A Constituição imprime direção a forças já existentes, mas não as cria por si mesma. No entanto, a própria Constituição, uma vez estabelecida, torna-se ela própria uma força que serve para conformar o futuro com as tarefas que impõe. O cumprimento dessas tarefas torna a Constituição em uma efetiva força ativa, mas isso somente é possível se houver a consciência geral, a vontade de implementá-la (*vontade de Constituição*). A *vontade de Constituição* assenta-se sobre a consciência: a) da necessidade de uma ordem jurídica *inquebrantável* pelo arbítrio; b) de que é uma ordem em permanente processo de legitimação; e c) de que depende da vontade humana para ser eficaz.

A natureza das coisas não apenas impõe limites à Constituição, como fixa os pressupostos de desenvolvimento de sua força normativa. Hesse aponta dois desses pressupostos que considera mais importante. O primeiro, quanto ao conteúdo da Constituição, estabelece uma relação direta entre a força normativa e a obediência às condicionantes do presente. O segundo, referindo-se à práxis, estabelece a necessidade de existir uma *vontade de constituição*. No que toca ao conteúdo, a fim de angariar “*o apoio e a defesa da consciência geral*”, a

⁷⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. p. 15.

⁷⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. p. 15.

Constituição não apenas deve observar os fatores sociais, políticos e econômicos dominantes, mas o “*estado espiritual de seu tempo*.” Hesse defende que a Constituição deve estar apta a adaptar-se a novas condições reais e, por isso, seu texto deve ser enxuto, prevendo apenas “*alguns poucos princípios*.” Por outro lado, não deve “*assentar-se numa estrutura unilateral*”, isto é, deve incorporar parte da estrutura contrária. No que toca à práxis, é imprescindível a *vontade de constituição*, ou seja, a vontade de implementá-la, inclusive contra os próprios interesses. Ressalta que a tendência a reformar a Constituição abala a sua força normativa, porquanto, em certa medida, faz preponderar as exigências de ordem fática sobre o normativo. Até por isso o método da subsunção lógica e da construção conceitual não se mostram adequados para a interpretação constitucional. Esta, submetida ao princípio da ótima concretização da norma, deve ponderar as condicionantes da realidade. A revisão constitucional somente seria imprescindível quando não fosse possível uma mudança na interpretação sem violar a essência da norma constitucional.

Capítulo 2

O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE

2.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de prosseguir, como em tudo que se refere ao fenômeno multifacetário do Direito, é preciso estabelecer um acordo semântico. O fenômeno que se estuda a seguir tem recebido muitas denominações, “tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem”⁷⁹. Apesar de descreverem o mesmo fenômeno, cada termo possui, é certo, determinadas especificidades, as quais, contudo, escapam ao intento desta pesquisa abordar. Por ser a expressão mais ampla, majoritariamente utilizada pela doutrina nacional e por ter sido o termo adotado na CRFB/88, optou-se aqui pela expressão direitos fundamentais.

Para os fins deste trabalho, entendem-se os direitos fundamentais como direitos historicamente datados, efetivamente conquistados e reconhecidos como tal pelo ordenamento jurídico estatal⁸⁰. Também é estranha aos fins deste trabalho a análise dos fundamentos ou da natureza de tais direitos. No Brasil, os direitos fundamentais são direitos positivados na Constituição, notadamente aquele que é objeto desta pesquisa.

Por fim, aqui não se discutirá a problemática dos direitos fundamentais da pessoa jurídica, uma vez que o problema colocado é a possibilidade de produção

⁷⁹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 161.

⁸⁰ Não há direitos inatos. Os direitos são conquistados e os deveres impostos. Não obstante, na luta ideológica por sua efetivação, os direitos fundamentais foram apresentados como sendo direitos inalienáveis, inerentes à pessoa humana, universais e eternos. Não há, contudo, direito sem luta e nem deveres sem força. Observe-se, contudo, que o estabelecimento de deveres também é uma conquista para os beneficiários dessa posição jurídica.

de prova para fins penais com violação da privacidade. Salvo raros casos⁸¹, a legislação brasileira prevê apenas a punição penal da pessoa física.

2.2.1. Aspectos gerais

Muito embora alguns manuais remontem à antiguidade para descobrir as origens dos direitos fundamentais, buscando sua gênese no Código de Hammurabi e na Lei das Doze Tábuas, não há como negar que a construção dos direitos fundamentais é obra da Modernidade. A função daqueles institutos jurídicos, no âmbito das respectivas organizações sociais da Antiguidade, é historicamente bem distinta daquela desempenhada pelos direitos fundamentais.

Na luta ideológica pela consolidação dos direitos fundamentais deve-se destacar as contradições que suscitou o próprio cristianismo frente a uma sociedade feudal dividida em castas. Essa vertente religiosa penetrou no âmbito do Direito na forma de um direito natural. No círculo da filosofia e das artes, o Renascimento volta a colocar o homem no centro do universo, o que, um pouco mais tarde, dá forças ao Iluminismo para pleitear limitações ao poder do Estado em vista da posição do indivíduo.

Pode-se, no entanto, vislumbrar o germe desses direitos nas cartas inglesas que limitaram a intervenção do soberano e garantiram à nobreza uma série de garantias⁸². Foram nos atos de libertação das colônias inglesas da América que estes direitos efetivamente foram positivados como direitos de todos os cidadãos do lugar pelo simples fato de pertencerem à comunidade política, tal como consta no ato da Declaração de Independência Americana de 1776. Não obstante, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada na França em 26.08.1789, é que é tida como o marco fundador dos direitos fundamentais, porquanto, ao contrário das cartas inglesas e americanas, destinou-se à toda a

⁸¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988, artigos 225, § 3º e 173, § 5º.

⁸² Magna Charta Libertatum, de 15.06.1215; Petition of Rights, de 1628, Habeas Corpus Act, de 1679, Bill of Rights, de 1689, Act of Settlement, de 12.06.1701. Cf. MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 25.

humanidade e não apenas a um povo. Com efeito, os “americanos reclamavam, nas declarações de direito feitas com a proclamação de independência, os direitos tradicionais do povo inglês. Os franceses, no entanto, negavam e repudiavam o estado de coisas anterior”⁸³.

O movimento constitucionalista que se seguiu em vários países da Europa e Américas positivou, em cada constituição, um núcleo de direitos fundamentais, sob a batuta da máxima dos revolucionários franceses segundo a qual um povo não teria constituição se ela não contemplasse a separação de poderes e uma carta de direitos humanos.

Após a Segunda Guerra, o desenvolvimento dos direitos do homem foi no sentido tanto de sua universalização como no sentido de sua ampliação.

A história dos direitos fundamentais comporta três gerações, todas elas vinculadas com o lema dos revolucionários franceses:

a) Direitos Fundamentais de Primeira Geração (direitos de liberdade). São os direitos políticos e civis, denominados de liberdades clássicas (negativas ou formais). Constituem a afirmação do cidadão perante o Estado e correspondem ao período histórico de surgimento do indivíduo como titular de direitos públicos. A sociedade e o Estado já não mais se confundem. Tais direitos consistiam, portanto, em limitações ao agir do Estado em uma fase de enxugamento do aparato repressivo do Antigo Regime, bem como na possibilidade (direito) de o cidadão participar da coisa pública, notadamente pelo voto, pela possibilidade de ser eleito e de ocupar cargos públicos.⁸⁴

b) Direitos Fundamentais de Segunda Geração (direitos de igualdade)⁸⁵. São os direitos econômicos, sociais e culturais, configurados em liberdades positivas. Estão aí incluídos os direitos ao trabalho digno, ao seguro social, ao amparo à velhice e à criança, à previdência. Tais direitos marcam o surgimento de novos titulares, como a comunidade, a

⁸³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito Penal e direitos humanos*, pp. 119-121.

⁸⁴ CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*, p. 140.

⁸⁵ Tanto por exigirem prestações positivas do Estado, como por contraporem-se, em certa medida, a alguns direitos fundamentais de primeira geração, os direitos sociais foram, de início, relegados a meras normas programáticas sem aplicação imediata. É a partir desse estágio que as constituições passam a ser vistas como núcleos de valores e de princípios.

família, bem como a reação contra o Estado Liberal clássico. Ao contrário dos direitos de primeira geração, que, normalmente, são efetivados por abstenções do Estado, os direitos de segunda geração demandam a firme intervenção dos órgãos estatais para que sejam efetivados e, portanto, fundamentaram o crescimento da máquina estatal no setor de serviços públicos, configurando o que se denominou de Estado Social.

c) Direitos Fundamentais de Terceira Geração (direitos de solidariedade). Como a designação já informa, nem todos são direitos, mas concessões. Tais direitos “materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais”⁸⁶. Estão aí incluídos o direito ao meio ambiente equilibrado, ao desenvolvimento econômico e social, à autodeterminação dos povos, à paz e à comunicação. Cuidam-se de direitos difusos que têm como titulares toda a humanidade e, inclusive, as gerações futuras.

Alguns autores já preconizam a existência de direitos fundamentais de quarta geração, tais como, segundo Bonavides, “o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo”⁸⁷, os quais prenunciam a sociedade aberta, visto que as marcas da evolução dos direitos fundamentais é a sua universalização e a introdução de novos sujeitos de direito que não apenas o indivíduo, tais como grupos e a própria sociedade.

A noção de direitos fundamentais, contudo, ainda não se desprende de todo da influência da Revolução Francesa e permanece vinculada à idéia de direitos frente ao Estado, limitadores de sua ação ou impondo-lhe prestações. Não obstante, cada vez mais a esfera de atuação do Estado tem sido ocupada por pessoas privadas que, não raro, cometem a mesma ordem de atentados contra a dignidade da pessoa humana que a consagração dos direitos fundamentais quis tutelar. Apesar das resistências de toda ordem do poder econômico, cada vez mais se tem reconhecido a vinculação dos agentes privados às normas e princípios que consagram os direitos da pessoa humana⁸⁸. Portanto, o foco de atuação dos direitos fundamentais não deve

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 22.164/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Diário de Justiça da União, Seção I, 17.11.95, p. 39.206, *apud* MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 56.

⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 525.

⁸⁸ Por exemplo, a jurisprudência já reconheceu a possibilidade de impetração de *habeas corpus* contra pessoas privadas (hospitais e hospícios) e propugna-se, mesmo, a extensão deste remédio

ser a qualidade do agente violador da dignidade humana, seja ele um representante do Estado ou das pessoas privadas, mas sim a própria dignidade humana. O que deve prevalecer e ser tutelado é a personalidade humana e o que deve ser coibido são todas as ações (*latu sensu*), públicas ou privadas, que maculem o livre desenvolvimento da personalidade humana.

A dignidade da pessoa humana é o núcleo comum de todos esses direitos, mesmo quando se considera o direito de gerações futuras⁸⁹. Segundo Moraes:

“a dignidade é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*”⁹⁰.

A noção de direitos humanos não é apenas contemporânea da Modernidade, mas sim uma sua consequência e uma sua promessa. Não poderia ter sido concebida antes dela, porquanto o ser humano, apenas com a modernidade, passou a ser (ao menos em termos ideológicos) o “*valor-fonte*’ de todos os valores políticos, sociais e econômicos e, destarte, o fundamento último da legitimidade da ordem jurídica...”⁹¹. Desta forma, o núcleo comum entre todas as concepções de direitos humanos é o reconhecimento da pessoa humana como um valor em si

a todos os casos de cerceamento ilegal da liberdade de ir e vir Cf. MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, p. 130-131.

⁸⁹ No entanto, não parece técnico falar-se em *direitos* de gerações futuras. Mais apropriado seria cuidar de tais fenômenos jurídicos como deveres do presente. Portanto, as limitações à propriedade decorrentes da necessidade de preservação ambiental, bem como as proibições de captura de animais silvestres ou de proteção à integridade dos animais, são, sob o prisma jurídico, deveres ou proibições de ordem pública impostas às pessoas, não estando conectados a um direito subjetivo, mas decorrendo de normas administrativas ou penais.

⁹⁰ MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 60.

⁹¹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, p. 19.

mesmo, como um indivíduo destacado do grupo e com direitos próprios, sendo, portanto, o destinatário de todas as conquistas sociais e de toda ação de poder e que demanda seja-lhe reconhecida liberdade e a dignidade de sua pessoa para o desenvolvimento pleno de sua personalidade.

No que toca à interpretação dos direitos fundamentais, diz Moraes que possuem “elevada posição hermenêutica em relação aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico, apresentando diversas características: *imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e complementariedade*”⁹².

1.2.2. Liberdades, direitos e garantias

O constitucionalismo moderno está profundamente impregnado com a noção de declaração de direitos. O que na Magna Carta era apenas limites ao agir do soberano, passou a ser, com a consolidação do constitucionalismo, afirmação de direitos fundamentais.

Comumente fala-se em direitos fundamentais de modo a englobar também as garantias fundamentais. Contudo, deve-se precisar a diferença técnica entre ambos.

A rigor, garantias também são direitos, assim o direito de ação, o direito de acesso ao Judiciário. Mas são direitos de segunda ordem, metadireitos, ou direitos que protegem direitos. Em juízo apressado poder-se-ia dizer que os direitos fundamentais são principais, enquanto as garantias, sendo acessórias, instrumentais, não existem por si mesmas, senão em razão da preservação de outros direitos. O que caracteriza uma garantia constitucional é o fato de conferir poderes ao cidadão de exigir do Estado a efetiva proteção e observância de direitos fundamentais, assim como o fato de estabelecer instrumentos processuais para a tutela dos direitos fundamentais. A noção de garantia está, pois, vinculada a algo que é tutelado, assegurado, protegido. Em se tratando de garantias constitucionais, os termos

⁹² MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 41.

correlatos são os direitos fundamentais, notadamente os direitos de liberdade e da personalidade.

Segundo relata Moraes, Rui Barbosa entendia a existência de duas espécies de normas constitucionais que tratam do tema: as de conteúdo declaratório são normas que estabelecem direitos e as de conteúdo meramente assecuratório são normas que estabelecem garantias⁹³.

Para Miranda:

“os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos”⁹⁴.

A noção de direito herdada do direito romano é de origem privada e, por isso, o direito incorporado ao patrimônio de alguém corresponde a uma obrigação no patrimônio de outrem. Desde essa época a noção de direito implica também o instrumento para sua realização em caso de não cumprimento da obrigação: esse instrumento é a ação, tal qual previsto no art. 75 do Código Civil brasileiro. Até bem pouco tempo, entre nós, desconheciam-se as ações preventivas⁹⁵, de modo que o direito somente seria “tutelado” após sofrer a violação. Cada vez mais, no entanto, estabelece-se a consciência jurídica de que há um direito à segurança, à prevenção, de modo que o direito não seja sequer violado (tutela inibitória). Por isso que as garantias constitucionais seriam esvaziadas de grande parte de seu significado e de sua eficácia se sobre elas pairasse esse olhar do passado. As garantias não servem

⁹³ Apud MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, p. 58.

⁹⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV. Coimbra: 1988, p. 88/89, citado por BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 484.

⁹⁵ Tanto os interditos proibitórios, como as ações de nunciação de obra nova possuem essa natureza preventiva. Mas a doutrina e a jurisprudência, por longos anos, esvaziaram a natureza mandamental dessas ações de modo que os juízes limitavam-se a estabelecer uma pena pecuniária para o caso de a violação consumir-se após a propositura da ação.

apenas para restabelecer direitos, mas, sobretudo, para assegurar que não serão violados e que o seu titular poderá usufruí-los em paz e segurança. Aliás, se de uma garantia constitucional não se extrair como finalidade primordial a de evitar a violação e assegurar a livre fruição do direito chegar-se-á à lamentável conclusão de que todos estes anos de constitucionalismo nada acrescentaram ao milenar direito de ação.

A garantia é a contrapartida do direito fundamental. Se há um direito fundamental, a garantia correlativa estabelecerá condutas ou limites à atuação dos demais agentes sociais, sejam eles indivíduos, coletividades ou o próprio Estado. Mas é claro que, na falta expressa de uma garantia constitucional, o direito de ação ainda subsiste. A garantia, portanto, ou se exerce contra o Estado, impondo-lhe limitações em seu agir, ou contra os demais agentes sociais, neste caso, através do Estado, impondo ao mesmo uma atuação positiva⁹⁶. No dizer de Bonavides a garantia constitucional é “a mais alta das garantias de um ordenamento jurídico, ficando acima das garantias legais ordinárias, em razão da superioridade hierárquica das regras da Constituição, perante as quais se curvam, tanto o legislador comum, como os titulares de qualquer dos Poderes, obrigados ao respeito e acatamento de direitos que a norma suprema protege”⁹⁷.

Nos Estados Democráticos de Direito o poder não é ilimitado. Está adstrito, não apenas pela lei, mas, principalmente, pela Constituição. Neste passo, segundo Canotilho, os direitos fundamentais têm duas eficácias imediatas: por serem normas de competência, negam ou suprimem certa competência legislativa do Estado e conferem aos indivíduos o poder, não apenas de exercitá-los, mas de exigir do Estado que não os agrida⁹⁸.

⁹⁶ Cf. CRFB/88, art. 5º, inciso XXXV.

⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 488.

⁹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 541. *Apud* MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, p. 55.

1.2.3. Limitações a direitos fundamentais

Cuida-se aqui de averiguar a possibilidade e as hipóteses em que direitos fundamentais possam ser restringidos, tendo sempre por meta correlacionar a tese mais geral ao tema desta pesquisa. De início deve-se diferenciar violação de restrição. Aquela é a afronta ao direito, a sua negação. Esta configura limitação constitucional ao direito a fim de possibilitar a realização de outros direitos fundamentais.

O ordenamento jurídico não concebe a existência de qualquer direito absoluto. Nem mesmo a vida ou a liberdade, os bens maiores, possuem natureza absoluta. Em todos os ordenamentos, mesmo naqueles pertencentes aos mais avançados Estados democráticos e de direito, tanto o direito à liberdade como o direito à própria vida são relativizados, bastando lembrar as penas restritivas do exercício do direito de liberdade e a previsão da legítima defesa. Portanto, também os direitos fundamentais não são absolutos, encontrando seus limites: a) em outros direitos fundamentais; b) na ordem ou paz social (art. 136, § 1º, I); c) no próprio Estado (art. 137 e art. 139); e d) na comunidade.

A dignidade da pessoa humana, núcleo comum dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que é o fundamento primeiro desses direitos, é também um dever fundamental do indivíduo frente aos demais membros da comunidade, materializando-se como uma pauta de conduta esperada de todos os integrantes da comunidade e vinculada a “três princípios do direito romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido)”⁹⁹.

Se, por um lado, os direitos fundamentais são um passo da afirmação do indivíduo frente ao Estado e à própria sociedade, não menos verdadeiro é que não representam a negação de ambos, antes os pressupõem. Com efeito, não haveria razão lógica para falar-se em direitos fundamentais onde faltasse o Estado ou não houvesse sociedade, sendo certo que a contrapartida dos direitos fundamentais são

⁹⁹ MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. p. 61.

os deveres do indivíduo para com a sua sociedade. Destarte, lê-se no art. 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos que:

- “1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, somente na qual é possível o livre desenvolvimento de sua personalidade.
2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei e exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”¹⁰⁰.

Destarte, o direito fundamental cede frente à exigência de efetivação a outros direitos fundamentais. Como acentua Moraes, os “direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito”¹⁰¹.

Como adverte Silva, não há regulação legal ao exercício dos direitos fundamentais uma vez que as normas constitucionais a respeito possuem “*eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata*”¹⁰². Nessa matéria, o legislador somente pode atuar quando autorizado pela própria Constituição no que diz respeito às normas de eficácia contida. Segundo este constitucionalista, certos dispositivos constitucionais asseguradores de direitos fundamentais

“mencionam uma lei limitadora (art. 5º, VI, VII, XIII, XV, XVIII). Outras limitações podem provir da incidência de normas constitucionais (p. ex. art. 5º, XVI: reunir-se *pacificamente, sem armas*; XVII: *fins lícitos* e vedação de *caráter paramilitar*, para associações, são conceitos limitadores; restrições decorrentes de estado de defesa e estado de sítio: arts. 136, § 1º, e 139)”¹⁰³.

¹⁰⁰ NAÇÕES UNIDAS, Departamento de Informação Pública; Conferencia Mundial de Derechos Humanos – Declaración y Programa de Acción de Viena, Junio 1993; edição em espanhol, ONU, Nova Iorque, 1995; 80 páginas; *Apud* ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 159.

¹⁰¹ MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 46.

¹⁰² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 242.

¹⁰³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 243.

No entanto, a lei que restringe o alcance de atuação de um direito fundamental ou que permite ao Estado uma atuação que restrinja algum direito fundamental, bem como essa própria atuação, há de passar pelo crivo da proporcionalidade. É mesmo óbvio que não há liberdade do Legislador a produzir qualquer ordem de restrição a direitos fundamentais porquanto, se assim fosse, a própria hierarquia normativa da constituição estaria fulminada. Ademais, tais direitos fundamentais constituem um dos núcleos intangíveis da CRFB/88 (art. 60, § 4º, IV) e nem mesmo uma emenda constitucional pode aboli-los. Portanto, a limitação do direito fundamental há de ser meio imprescindível para a preservação de outro direito fundamental ou outros valores constitucionais e deverá ser a mínima necessária.

Aqui está o limite da própria restrição. Ela não pode aniquilar um direito fundamental em benefício de outro. Se ambos os valores encontram tutela no ordenamento constitucional deve vigor um princípio da relatividade ou convivência harmônica das liberdades públicas. No caso de conflito entre direitos fundamentais, o intérprete deve valer-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de modo a, identificando qual o valor primordial no caso concreto, procurar não esvaziar o direito fundamental que o contrarie. Destarte, a restrição, além de ser necessária, isto é, não há outra forma de fazer valer o valor contraposto, deve ser veiculada pelo meio menos gravoso ao direito limitado e deve limitá-lo o menos possível. Moraes indica os limites da restrição a direito fundamental de modo que “as restrições sejam proporcionais, isto é, que sejam ‘adequadas’ e justificadas pelo interesse público e atendam ‘ao critério da razoabilidade’”.¹⁰⁴ Silva sintetiza o limite da limitação dessa forma: “só tem cabimento na extensão requerida pelo bem-estar social. Fora daí é arbítrio”¹⁰⁵.

¹⁰⁴ MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 48.

¹⁰⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ,

2.2. A PRIVACIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

2.1. A construção da concepção de privacidade

A dualidade das concepções de público e privado é bem antiga, mas apresenta conteúdos diferentes conforme a época histórica pesquisada. Com efeito, conforme ensina Ferraz Jr.¹⁰⁶, com base em quem foi desenvolvida esta seção, na Antiguidade grega a separação entre o público e o privado era bem delimitada, mas diferente da que concebemos hoje. Isso ocasionava uma forma peculiar de ver o mundo. O privado era o espaço da *oitekia*, da casa, da família, que reconhecia um só governo e constituía-se no reino da necessidade. A necessidade era suprida pelo *labor*, uma imposição da natureza, a fim de garantir a sobrevivência da *gen*, e não algo oriundo da vontade ou da consciência. Portanto, o privado tinha justamente a conotação de subtrair-se algo, de carência, e esse algo era o convívio na *polis* ao qual ficava impedido o *pater* quando estava dedicado ao *labor*. Quanto maior a dedicação do *pater* aos negócios familiares mais ele estaria afastado da atividade política, que era o que realmente dignificava e caracterizava o cidadão grego.

O cidadão encontrava o seu lugar na *polis* onde exercia um outro tipo de atividade, a *ação* política, pública, aberta. Esta sim digna de um ser humano, porque expressão de sua personalidade. Esta atividade não era considerada como imposição da natureza e, por isso, a ação política não se confundia com o *labor*. A *polis* era, então, constituída por uma teia de ações/relações daqueles que detinham o *status* de cidadão.

Ao contrário das relações familiares que eram pautadas pela diferença, pela subordinação hierárquica, as relações entre os cidadãos supunham uma igualdade entre eles. A ação pública, contudo, ao estabelecer continuamente novas relações, era imprevisível no sentido de que se conhecia o ponto de partida, mas seus efeitos não eram conhecidos de antemão. A *polis* era o conjunto dessa teia de relações, que, para ser estável, dependia de fronteiras definidas assim como de leis.

¹⁰⁶ FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 1996.

Estas eram os limites da ação. Mas tanto a construção das muralhas, como das divisas, bem como das leis era uma atividade que não se encontravam nem no espaço da ação política e nem do labor. O estabelecimento das condições para o exercício da ação política, dos pressupostos do exercício da liberdade, constituía o trabalho, seja do arquiteto, seja do legislador.

A diferença entre o labor, exercido no âmbito da família e da necessidade, e do trabalho, ação livre do homem entre iguais, era que o produto daquele integrava-se no homem que os produziu (o alimento, a vestimenta, a casa), enquanto o resultado do trabalho destacava-se do seu produtor ganhando uma espécie de autonomia e perenidade.

O interessante a destacar desse período paradigmático é que o mundo privado era o da não liberdade, era o reino da necessidade, da obrigação, ao passo que a esfera pública era a esfera da liberdade, da criatividade, da realização do cidadão.

Na Idade Média, somente a nobreza possuía um círculo de reserva próprio e os negócios de Estado eram assuntos de poucos. O poder público, assim como os bens a ele afetados, era privilégio, não propriamente direito, do soberano ou do nobre. A massa de servos e plebeus não possuía qualquer espaço de reserva. Sua vida privada podia ser devassada a qualquer momento. Mesmo assim, não se pode conceber aquele espaço da vida da nobreza como vida privada.

A consolidação dos Estados democráticos de direito, já em uma fase avançada da Idade Moderna, inverteu os pólos da relação Estado/súditos. Estes, com a paulatina e crescente incorporação de direitos, transformaram-se em cidadãos e aquele se transformou em instrumento do povo. Já não mais se concebe que assuntos de Estado sejam tratados de forma privada, visto que, nesta fase, “todo poder emana do povo”, e o titular do poder estatal não faz outra coisa que não seja gerir interesses alheios. Por outro lado, sem fundadas razões e na forma da lei, não pode o Estado imiscuir-se na vida privada de seus cidadãos, ou seja, naquela esfera

que não diga respeito aos assuntos do próprio Estado ou de toda a coletividade. É que o que se controla, agora, já não é mais a vida do súdito, mas as ações do Estado.

Isso impôs ao Estado moderno democrático e de direito um dever de transparência, visibilidade, de modo a que as decisões administrativas sejam descortinadas em público, bem como conferiu direito ao cidadão de conhecer as decisões estatais.

Do lado do cidadão, a CRFB/88 garante o seu direito à informação, notadamente sobre a coisa pública (art. 5º, XXXIII), assim como o seu direito de tutela direta (art. 5º, LXXIII) e indireta (74, § 2º; CF art. 5º, LXXIII) da coisa pública.

É o direito à informação imprescindível à manutenção do espaço público. Esse mesmo direito à informação, do cidadão em relação ao governante, pode ser, contudo, dirigido pelo Estado em face do cidadão quando este pratica, sob o resguardo de sua esfera privada, atos com repercussão na esfera pública.

Cuida-se, em certa medida, de um retorno ao mundo grego, apenas que o poder é exercido na forma representativa e não pela via direta da *ágora*. Todo poder do Estado deve ser exercido de forma pública. Nos espaços onde não há exercício de poder ou onde não se atinja a coisa pública não há motivos para a publicidade, aí vigendo o princípio da privacidade, do sigilo e do segredo. A distinção jurídica moderna entre o público e o privado tem levado em consideração o fator vontade individual: onde essa fosse prevalente, decorre daí uma relação privada; ao contrário, onde a vontade individual fosse indiferente, a relação seria de direito público.

2.1.2. A experiência jurídica sobre a questão

Na Idade Média e na Antiguidade, os direitos individuais eram desconhecidos. A pessoa humana não era vista como um indivíduo dotado de um conjunto de direitos próprios. O homem era, na verdade, uma posição social e não uma individualidade como hoje o concebemos. Apenas após as revoluções

burguesas é que o indivíduo firmou-se como uma unidade frente à sociedade, destacado de sua posição social, com direitos próprios apenas pelo fato de ser pessoa, o que foi consubstanciado na primeira geração de direitos humanos, também denominada de direitos individuais.

A construção do conceito moderno do direito à privacidade é paralela à construção social do conceito de indivíduo, no plano social, e de cidadão, no plano das relações com o Estado. A Modernidade substituiu o *politikon zoon* pelo *homo faber* e trouxe importantes alterações para a divisão entre o público e o privado, novamente distinguindo essas duas esferas.

O tratamento jurídico da vida privada principiou pela via do Direito Civil, no âmbito de proteção dos direitos de personalidade. Daí chegou às convenções internacionais, constituições e leis de direito público. Toda essa evolução não data mais que dois séculos.

Segundo Silva, a primeira decisão judicial sobre a matéria teria sido proferida em 1873, pelo magistrado americano Cooly, o qual “identificou a privacidade como o direito de ser deixado tranqüilo, em paz, de estar só”¹⁰⁷.

Um texto publicado em 1890 pelos advogados americanos Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis tem sido apontado como a primeira obra doutrinária sobre o direito à privacidade. O artigo surgiu no momento em que a sociedade americana experimentava um elevado grau de concentração urbana e quatro anos após a revelação de dados sobre a intimidade do presidente Cleveland. Informa Caldas que os

“autores, no longo artigo (28 páginas), estabeleceram a necessidade do reconhecimento legal do direito de estar só e que a tutela poderia ser garantida por meio de remédios contidos na *commom law* e na *equit*, além de terem estabelecido seis enunciados conformadores desse direito, seguindo-se a cada um dos enunciados, comentário pertinente, numa tentativa de sistematização do direito”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 189.

¹⁰⁸ CALDAS, Pedro Frederico. *Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 42.

Em termos normativos, com exceção da proteção civil ao nome e à honra, é recente a previsão de tutela jurídica expressa sobre as esferas da vida privada. Em 1903, o Estado de Nova Iorque promulgou lei proibindo a utilização, “para fins publicitários, do nome ou da imagem de qualquer pessoa sem o seu consentimento”¹⁰⁹. Na França, somente em 1970 foi editada lei dispendo sobre a proteção a esse direito. A Lei nº 70-643 alterou o Artigo 9º do Código Napoleônico para reconhecer o direito à vida privada.

No entanto, o vácuo legislativo jamais impediu que o Judiciário construísse essa garantia. Na Inglaterra, fala-se de uma decisão de 1348 que condenou o violador do domicílio a pagar indenização. Em 1893 o Tribunal de Nova Iorque condenou um jornal por ter usado indevidamente a imagem de alguém.

Foram os textos internacionais aqueles que melhor dispuseram sobre a matéria, devendo-se ressaltar, pela sua posição de importância, o art. 12 da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e o art. 17, I do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966.

No Brasil, o direito de vizinhança tem sido apontado como precursor de proteção da privacidade, especialmente as normas constantes dos artigos 573 e 588 do Código Civil. O Código Penal brasileiro também protegeu determinadas esferas da vida privada como o corpo do indivíduo (art. 129), a honra (arts. 138 e 139), a dignidade (art. 140), a liberdade (art. 146), o domicílio (art. 150), o sigilo das correspondências epistolares (art. 150), etc.

A construção social e jurídica dos espaços reservados ao indivíduo, contudo, tem sido acompanhados paralelamente por tentativas de devassá-lo.

¹⁰⁹ DOTTI, René Ariel. A Liberdade e o Direito à Intimidade. *Revista de Informação Legislativa*, p. 134.

2.1.3. Ambiente social e tecnologia

Ao mesmo tempo em que o espaço da privacidade é erguido, uma ameaça constante também é desenvolvida notadamente pelo avanço de tecnologias suficientes para transpor o espaço reservado.

O ambiente de trabalho sempre foi um local propício a toda sorte de abusos. Muitas empresas adotam a prática, não apenas da constante vigilância sobre a atividade do trabalhador, do qual o escritório japonês, sem quaisquer divisórias, é apenas um exemplo menor, mas também da revista íntima. Aventa-se já a possibilidade de seleção de empregados pelo código genético, o qual poderia revelar tendências indesejadas do candidato, como a propensão a certas doenças, certos estados psicológicos e a baixa potencialidade para determinadas habilidades. A obtenção de tal código também pode ser feita com violação à intimidade, seja quando obtido ilegalmente em um banco de dados genéticos, seja quando o material for extraído furtivamente do candidato ao emprego. Ainda no ambiente de trabalho, outro ponto de invasão sobre a vida dos empregados refere-se ao controle dos e-mails recebidos e enviados, assim como ao monitoramento da navegação na Internet.

A vigilância do cidadão é uma prática tão difundida que deve suscitar grandes problemas sobre a legalidade dessas práticas. Basta citar o caso das inúmeras situações de câmeras de filmagem ambiental. O seu fundamento é servirem como medidas preventivas de segurança. No entanto, as imagens nelas contidas podem ser utilizadas para outros fins. A princípio, a imagem foi colhida de forma lícita, mas o uso para outros fins que não os de segurança do estabelecimento parece configurar uma situação de ilicitude¹¹⁰.

Ainda quanto a essas câmeras, pode-se observar que estão sendo postas em locais onde efetivamente devassam esferas da privacidade, como no caso das

¹¹⁰ *Verbi gratia*, o uso das imagens da câmera em um motel para embasar um pedido de separação judicial por adultério.

câmeras postas em banheiros de escolas a título de prevenirem o tráfico de drogas, ou nas próprias salas de aulas a fim de controlarem a atividade dos professores.

A profusão dessas câmeras pelas ruas das grandes cidades, a par de inibir a ação criminosa e de identificar os autores de crime, pode servir a interesses estranhos ao Estado como o controle da vida de “inimigos do sistema”.

A tecnologia existente já possibilita a implantação em uma pessoa, mesmo sem que ela perceba, de um minúsculo componente a fim de rastreá-la por GPS.¹¹¹

Quanto mais aspectos da vida passam ao mundo digital, maior é a possibilidade de uso indevido dessas informações. Há pouco a imprensa brasileira noticiou a venda de milhões de declarações de imposto de renda feita pela Internet e obtidas nos computadores da Receita Federal. Os cadastros bancários podem ser acessados por terceiros, assim como os cadastros de cartões de crédito, lojas, etc. Segundo Trindade, o “livre trânsito de informação na rede permite, por exemplo, que uma única empresa dos EUA, a Acxiom, detenha em seu banco de dados informações pessoais de 95% dos cidadãos americanos”¹¹².

A implicação da telefonia na vida privada é enorme. Desde as chamadas telefônicas inoportunas (*annoyance callers*) até o brasileiríssimo grampo, há uma série de outras possibilidades de intervenção indevida. Os celulares podem servir também para identificar o trajeto do usuário e a sua localização. A tecnologia de escuta não depende mais de fios, podendo ser feita à distância, via sistema de satélites, e por aparelhos que qualquer cidadão pode adquirir em lojas especializadas.

Há uma série enorme de outros aparatos tecnológicos que podem propiciar uma invasão de privacidade: dados bancários, relação de passageiros,

¹¹¹ LEPIANI, Giancarlo. Estão de olho em você, p. 76-84.

¹¹² TRINDADE, Eliane. O fim da privacidade, p. 38.

gravações ambientais, interceptação de conversações de rádio ou outras formas que não sejam telefônicas, binóculos potentes, etc.

No campo específico dos meios de comunicação, os danos à privacidade são inúmeros, as diversas mídias, cotidianamente, agridem esse direito fundamental. Desde a invasão de privacidade pura e simples, até a revelação de doenças, da imagem de presos ou outros fatos exclusivamente privados, passando pela execração e “julgamento” público de certas pessoas muito antes de qualquer apreciação judicial.

A essas violações ao direito da vida privada o Direito tem reagido na mesma proporção aumentando a carga proibitiva, impondo sanções e retirando os efeitos processuais daquilo que foi indevidamente devassado.

2.3. O PLANO NORMATIVO DO DIREITO À PRIVACIDADE

2.3.1. As esferas pública e privada

Como visto, foi a Modernidade que reinaugurou, em novas bases, a distinção entre os espaços público e privado, e a conseqüente projeção jurídica dos mesmos, eliminados durante quase toda a Idade Média. Com efeito, mesmo ao final da era medieval, o espaço de ação e interação é sempre o espaço público, não existindo a noção de intimidade pelo fato mesmo de não haver a noção de indivíduo. Mesmo a ação que refugia ao âmbito público, a ação privada, é “vida de família, não individual, mas de convívio, e fundada na confiança mútua”¹¹³.

As causas materiais são conhecidas e bem as expressaram o Mercantilismo e o Liberalismo. A burguesia ascendente procurava ampliar seu espaço de atuação ao tempo em que era necessário restringir grande parte do aparato de poder que impedia o livre fluxo da atividade econômica. O resultado social desse processo de luta foi o recuo dos organismos estatais, notadamente dos Estados

¹¹³ DUBY, Georges. *História da vida privada: da Europa feudal à Renascença*, p. 23.

absolutistas, o que gerou um vazio a ser preenchido pelos demais agentes sociais. No plano jurídico, a crescente distinção entre a área de influência estatal e a área própria de atuação dos indivíduos fez reviver o antigo dualismo romano entre direito público e privado.

Para o Digesto “Direito público é o que se volta ao estado da *res Romana*, privado o que se volta à utilidade de cada um dos indivíduos, enquanto tais. Pois alguns são úteis publicamente, outros particularmente. O direito público se constitui nos *sacra*, sacerdotes e magistrados. O direito privado é tripartido: foi, pois, selecionado ou de preceitos naturais, ou civis, ou das gentes”¹¹⁴.

A formação social monolítica da Idade Média foi, progressivamente, sendo superada pela introdução de novas relações sociais mais complexas e pelo surgimento de novos atores sociais. Das cinzas do Feudalismo uma formação social bifurcada foi surgindo. Ao mesmo tempo em que se consolidava o Estado moderno também nascia a sociedade civil. Simultaneamente ao nascimento do cidadão frente ao Estado, desenvolvia-se o indivíduo no seio da sociedade civil.

Arendt reserva à vida pública uma dimensão imprescindível da vida humana. Concebe o termo público em dois momentos. O primeiro é o mundo da aparência, da realidade, significando “tudo o que vem a público pode ser visto e ouvido por todos e tem a maior divulgação possível”¹¹⁵. Em outra acepção, público “significa o próprio mundo, na medida em que é comum a todos nós e diferente do lugar que nos cabe dentro dele”¹¹⁶. Na primeira acepção, o espaço público possibilita a existência daquilo que é experimentado na privacidade. Na segunda acepção, o público, ao mesmo tempo em que separa os indivíduos, pela sua própria natureza de meio, estabelece um elo de ligação entre eles.

Para Arendt não há nada mais incompatível para o espaço público do que o autoritarismo. Aquele é onde se dá o exercício da palavra, da ação e gera a

¹¹⁴ Digesto de Justiniano. Livro 1. Tradução de Hécio Maciel França Madeira., p. 15-16.

¹¹⁵ ARENDT, Hannah. *A condição humana*, p. 59.

¹¹⁶ ARENDT, Hannah. *A condição humana*, p. 62.

liberdade. O autoritarismo elimina o espaço público e, assim, seja pelo isolacionismo individualista, seja pela massificação das consciências, “os homens tornam-se seres inteiramente privados, isto é, privados de ver e ouvir os outros e privados de ser vistos e ouvidos por eles. São todos prisioneiros da subjetividade de sua própria existência singular, que continua a ser singular ainda que a mesma experiência seja multiplicada inúmeras vezes”¹¹⁷.

Essa compreensão filosófica foi albergada pelo direito que deu nova significação aos conceitos de direito público e privado. Para Bobbio, a diferenciação de ambos pode ser apreciada sob os critérios da forma ou da matéria. Quanto a esta, “distinguem-se os interesses *individuais*, que se referem a uma única pessoa, dos interesses *coletivos*, que se referem à totalidade de pessoas, à coletividade” de modo que o direito que tutelar os primeiros é direito privado e aquele que expressar tutela aos segundo é direito público. No que toca à forma, as relações jurídicas podem ser de coordenação ou de subordinação. As “relações de direito privado seriam caracterizadas pela igualdade dos sujeitos, e seriam portanto relações de coordenação; as relações de direito público seriam caracterizadas pela desigualdade dos sujeitos, e seriam portanto relações de subordinação”¹¹⁸.

Não se pode conceber, contudo, que o só estar ou participar de uma esfera social ou pública subtraia ao indivíduo seus direitos de privacidade.

2.3.2. O direito à privacidade

Há muita divergência na doutrina a respeito da conceituação de vida privada, intimidade e segredo, decorrência, provavelmente, da indiferença do enfoque filosófico em distingui-los. Com efeito, a doutrina nacional utiliza, sem qualquer distinção conceitual, como se fossem as denominações de um mesmo fenômeno, as expressões referentes aos direitos de intimidade, privacidade, resguardo, estar só, etc. Quando se pensa juridicamente sobre a vida privada é necessário, porém, que se estabeleça, tanto quanto possível, os contornos exatos

¹¹⁷ ARENDT, Hannah. *A condição humana*, pp. 67-68.

¹¹⁸ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*, p. 82.

desses conceitos a fim de separá-los dos demais conceitos afins, eis que para cada um deles poderá ser dado tratamento jurídico diferenciado. Segundo Dotti, é “corrente o emprego do vocábulo *intimidade* em sentido lato para designar a *vida privada*. Aliás, segundo as conclusões do *Committee on Privacy*, reunido em Londres, no ano de 1970, ‘esta incerteza é consequência, sem dúvida, de reconhecida ausência de uma clara e aceitável definição do que possa ser *intimidade*’¹¹⁹.

A noção que logo se apresenta quando se aborda este tema é o de espaço e de conteúdo. Isto é, os conceitos referentes à vida privada, além de conteúdos jurídicos, expressam, assim como a esfera pública, espaços delimitados a uma ação sob o total controle do indivíduo. Destarte, pode-se pensar a vida privada como o espaço reservado do indivíduo, ou como o conteúdo dos atos praticados pelo indivíduo, neste caso, independentemente da esfera em que é praticado. No que concerne à delimitação das esferas pública e privada, Caldas pondera que isso não pode ser feito aprioristicamente, uma vez que, dependendo

“de quem se trata, de seu estilo de vida, de sua circunstância pessoal, qualquer dos dois espaços se contrai, ou se expande, na razão inversa da contração, ou da expansão do outro. Além disso, aquilo que se pode timbrar de linha divisória comporta uma maleabilidade ensejadora de zonas cinzas em que a vida pública e a vida privada se tocam, em muitos casos sendo de difícil caracterização o ponto onde uma termina e a outra começa”¹²⁰.

Vê-se logo que, ao menos neste ponto, Caldas se refere ao conteúdo do agir humano e não ao espaço de atuação, uma vez que nada obsta que o indivíduo não queira esconder facetas de sua privacidade¹²¹. No entanto, mesmo assim, subsiste seu direito de não ser molestado, devassado, de opor-se à indiscrição alheia, por outros fatos não revelados. A privacidade exige resguardo, recato. É o próprio titular do direito quem delimitará o âmbito da sua privacidade, não podendo invocar

¹¹⁹ DOTTI, René Ariel. *A Liberdade e o Direito à Intimidade*, p. 132.

¹²⁰ CALDAS, Pedro Frederico. *Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral*. p. 31.

¹²¹ Como, por exemplo, as fotos de nu publicadas em revistas.

o direito à privacidade quem não a preservou. Não obstante, mesmo no espaço público pode haver ensejo para o respeito à vida privada de modo que a ninguém é dado ler a correspondência ou o diário alheio, mesmo que esteja sob a mesa de reunião ou mesmo que tenham sido perdidos no corredor. Portanto, a privacidade é uma dimensão da personalidade humana que se impõe em qualquer espaço, seja ele público, social e no espaço próprio da reserva privada.

A noção de privacidade deve ser conectada, pois, com a noção de conhecimento alheio. Existem aspectos da vida que a pessoa tem o direito de resguardar do conhecimento dos demais ou de revelar apenas a quem bem entenda. Este, aliás, é o núcleo comum das definições doutrinárias. Portanto, quanto ao conteúdo, o limite entre o público e o privado é conferido pelo campo do compartilhado e do não compartilhado. A manifestação do ser, da personalidade humana, comporta uma gradação que vai desde a inviolabilidade, ou seja, o impedimento de vulneração mesmo pela vontade do titular do direito (*status* de liberdade, integridade psíquica, liberdade de pensamento) até ao completo dever de expor-se (administrador público que deve revelar o motivo de seus atos administrativos). É justamente esta gradação que é imprescindível para os fins da presente pesquisa, pois é ela quem propiciará um limite abaixo do qual o Estado não pode ir na busca de provas para a persecução penal, ou, de outro modo, um limite acima do qual é justificado juridicamente a investigação.

Essa gradação da vida privada pode ser descrita em esferas ou círculos de conteúdo. Para Penteado os conceitos de vida privada, intimidade e sigilo são concêntricos, ocupando aquela o espaço mais externo, além do qual está a vida pública, e este o mais interno¹²². Idêntico é o pensamento de Costa Jr¹²³ e de Caldas. Segundo este último autor:

“A teoria dos círculos concêntricos fecharia o sistema ao estabelecer a existência de três círculos, sendo que o exterior, de maior diâmetro,

¹²² PENTEADO, Jaques de Camargo. *O sigilo bancário e as provas ilícitas*: breves notas, p. 73.

¹²³ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal na constituição*, p. 200.

abarcaria o direito à privacidade, a que os alemães chamam de *privatsphäre* (sem sentido restrito) ou ainda *intimsphäre*, correspondente à *privatezza* dos italianos e à *sphere of privacy* dos americanos. O segundo círculo corresponderia à esfera da confiança, crédito ou fidúcia, a que os juristas alemães denominam de *vertrauenssphäre*, e, finalmente, o terceiro e último, o círculo do segredo (*geheimsphäre* ou *vertraulichkeitsphäre*), correspondente à *riservatezza* dos italianos e à *sphere of privacy* dos americanos, círculo onde ficaria agasalhada a reserva, o sigilo ou a vida íntima no seu sentido restrito”¹²⁴.

Intimidade não se confunde com solidão e, portanto, o termo inglês *right to be alone* não pode ser transposto gramaticalmente para o Direito brasileiro. O direito de estar só, numa tradução literal, é apenas uma faceta do largo espectro do direito à intimidade. Com efeito, a intimidade pode ser vivida conjuntamente por duas, ou até mais pessoas, e nem por isso tais aspectos da vida podem, contra a vontade do titular, tornar-se públicos sem que com isso haja violação de um direito constitucionalmente assegurado¹²⁵. O direito de estar só é o direito de retirar-se, o direito ao isolamento, de afastar-se dos demais e de afastar, portanto, todas as mídias de publicidade (fotografias, TV, fone, internet, rádio, etc.). Nem se pode reduzir a intimidade ao sossego, porquanto este é aspecto daquela. O cidadão que sentado sozinho em um canto do parque vive um momento de sossego, mas não ocupa um espaço privado.

A intimidade é, pois, uma faceta, uma consequência do direito à liberdade. O indivíduo somente pode resguardar-se dos demais, exigir o respeito ao seu corpo, mente e imagem, justamente porque não é coisa de ninguém. A conclusão a que chegou Dotti é a de que a intimidade é, ao lado da *solidão*, da *reserva* e do *anonimato*, um dos quatro *estados* da cidadela da privacidade”¹²⁶. O círculo mais concêntrico de proteção da intimidade é o da psique, da integridade corporal da pessoa, do segredo. O Direito protege esses bens impedindo a tortura

¹²⁴ CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*, p. 54.

¹²⁵ A empregada doméstica, por exemplo, não pode revelar os aspectos da vida privada que tomou conhecimento por morar com a família (CP art. 154).

¹²⁶ DOTTI, René Ariel. *A Liberdade e o Direito à Intimidade*, p. 133.

psicológica e física, a “lavagem mental”, a confissão forçada. Nesse círculo não se pode penetrar mesmo que consinta o titular do direito. É o campo próprio da inviolabilidade.

2.3.3. A inviolabilidade constitucional da privacidade

A CRFB/88 dispõe, em seu art. 5º, inciso X que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, e a imagem das pessoas...”¹²⁷

De imediato percebe-se que a Constituição procedeu a uma diferenciação entre intimidade, vida privada, honra e imagem, aqui interessando, conforme a delimitação do tema da pesquisa, apenas os dois primeiros conceitos. Contudo, tendo em vista a divergência doutrinária ao delimitar os conceitos de vida privada e de intimidade e que a inviolabilidade prevista no inciso X abrange ambos estes aspectos da privacidade, nesta pesquisa utiliza-se o termo privacidade para abranger tanto a intimidade como a vida privada. Neste ponto, foi adotada a opção metodológica de Silva¹²⁸ e de Costa Jr.¹²⁹ Também é esse o pensamento de Caldas para quem a Constituição, ao:

“usar as expressões *intimidade* e *vida privada* pode ter deixado a distinção a cargo da doutrina, ou, simplesmente, ter querido, ao não usar uma só das expressões, ser a mais abrangente possível, impedindo, assim, que divisões de conceitos elaborados pela doutrina permitissem que fração ou terreno demarcado da vida das pessoas não fosse abrangido pela proteção constitucional. Consideramos que a Constituição visou o segundo propósito, pois, utilizando as expressões *intimidade* e *vida privada*, logra impedir que qualquer demarcação conceitual subtraia do

¹²⁷ Neste ponto, o intérprete deve cuidar de não ler a Constituição, no que toca ao objeto deste estudo, simplesmente a partir do Direito Privado, não obstante a doutrina civilista tenha sido precursora no trato do tema em relação à doutrina constitucional. Com efeito, a lei precedeu à Constituição na regulação da matéria, mas, vindo a lume a norma constitucional é ela o raio de luz mais forte e é a partir dela mesma que se deve reler o ordenamento todo como determina o princípio da supremacia da constituição.

¹²⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 188.

¹²⁹ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*, p. 199.

campo de proteção constitucional ponderável parcela da vida das pessoas”¹³⁰.

A questão que se coloca nesta pesquisa refere-se ao conteúdo da privacidade no dispositivo citado, visto que, em inúmeros outros dispositivos do art. 5º, a CRFB/88 tratou separadamente aspectos que, filosófica e sociologicamente, estariam situados no âmbito da privacidade. São exemplos dessa técnica: a proibição de penas cruéis ou invasivas do corpo e da dignidade (incisos III, XLIII); a proteção da imagem (inc. V); a liberdade de pensamento, de consciência e de crença (inc. IV e VI); a inviolabilidade da casa (inc. XI), o sigilo das correspondências e das comunicações (inc. XII); o direito de autor (inc. XXVII); “o respeito à integridade física e moral” do preso (inc. XLIX); a restrição de publicidade de atos processuais que expõe a intimidade (inc. LX); o direito de conhecer e retificar informações pessoais (inc. XXXIII e LXXII); a escusa de consciência (inc. VIII).

Assim, uma vez que a CRFB/88 conferiu proteção tão abrangente à privacidade, o que quis proteger com o inciso X? Ou, colocada a questão em outros termos, supondo como válida a regra de hermenêutica que informa que a lei não contém palavras ou dispositivos inúteis, no que se diferencia ou inova o inciso X dos demais dispositivos que protegem a órbita da privacidade? Não se propõe, contudo, aqui realizar a exegese desses dispositivos, mas apenas indagar do preciso âmbito normativo do Inciso X.

Segundo Popp, a inviolabilidade da privacidade prevista no inciso X, obviamente excluídos os aspectos que têm tratamento específico no texto constitucional, “constitui norma limitativa ao direito de informação, bem como à liberdade de expressão e do pensamento”¹³¹. É a posição partilhada por Silva para quem a tutela constitucional da privacidade abriga duas ordens de proteção: o segredo e a liberdade. No que toca ao âmbito do segredo, a CRFB/88 impede tanto

¹³⁰ CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*, p. 42.

¹³¹ POPP, Carlyle. AIDS e a tutela constitucional da intimidade. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 29, n. 115, jul-set. 1992, p. 143.

“a *divulgação*, ou seja, o fato de levar ao conhecimento público, ou a pelo menos de um número indeterminado de pessoas, os eventos relevantes da vida pessoal e familiar” quanto, prossegue Silva, “a *investigação*, isto é, a pesquisa de acontecimentos referente à vida pessoal e familiar”¹³².

Lafer caminha na mesma trilha concebendo a privacidade como “o direito do indivíduo de estar só e a possibilidade que deve ter toda pessoa de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ela só se refere, e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada”¹³³.

É semelhante a compreensão que tem Costa Jr. para quem a proteção constitucional da privacidade resguarda duas ordens de abrangência: “o interesse de que a intimidade não venha a ser agredida e o de que não venha a ser divulgada. A diferença se situa na modalidade de agressão. São dois momentos do mesmo direito subjetivo: um antecedente, de reação à interferência indevida na intimidade; outro subsequente, de repulsa à divulgação ilícita de intimidade legitimamente alcançada”¹³⁴. Já para Bastos o direito à privacidade consiste “na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano”¹³⁵.

Para fins da proteção constitucional, contudo, deve-se excluir do âmbito de incidência do inciso X os demais aspectos da privacidade expressamente regulados no Texto Supremo, e anteriormente referidos, aplicando-se, assim, a regra da especialidade. Portanto, ao estabelecer, em dispositivos pulverizados no artigo 5º, tratamento específico para aspectos também específicos da privacidade, a

¹³² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 191.

¹³³ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, p. 239.

¹³⁴ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*, p. 199.

¹³⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil. V. 2.* São Paulo: Saraiva, 1989, p. 63.

CRFB/88 deixou o inciso X como um repositório geral e subsidiário. Vale dizer, os aspectos da privacidade que não estão expressamente regulados alhures submetem-se à inviolabilidade prevista no inciso X. Destarte, os aspectos da privacidade referentes ao domicílio, ao sigilo das comunicações, à integridade física e moral do ser humano, entre outros, por terem recebido tratamento específico da CRFB/88, estão excluídos da previsão do inciso X.

Capítulo 3

O DIREITO CONSTITUCIONAL DE PRODUZIR A PROVA PENAL

3.1. DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

Já conceituado e delimitado o direito à privacidade no capítulo anterior, situando-o como verdadeiro direito fundamental (Capítulo 1), a fim de prosseguir-se na busca da resposta para a questão proposta, qual seja, da possibilidade jurídica da restrição do direito à privacidade a fim de produzir-se a prova penal, deve-se, agora, explicitar o conceito de prova penal adotado.

Neste capítulo, portanto, investiga-se a noção dogmática de prova sob as luzes da noção de prova que emana do sistema constitucional. Para tanto, faz-se necessário indagar do significado da Jurisdição e do processo no âmbito do atual Estado Democrático e de Direito. Aborda-se a natureza da produção probatória no exercício do *jus puniendi* e indaga-se da existência de limites à produção da prova penal para então esboçar-se uma resolução jurídica da questão proposta.

3.1.1. Jurisdição e processo: promessas do Estado

Posto se possa buscar no art. 39 da Magna Carta, gênese do que ficou conhecido como devido processo legal, a origem das garantias constitucionais do processo, a verdade é que durante muito tempo as constituições continham raros dispositivos ou mesmo silenciavam sobre normas de processo, contentando-se em estabelecer um rol de garantias e demarcar os limites entre os Poderes. Com a superação do sincretismo e a elevação do Direito Processual à condição de disciplina autônoma no quadro da dogmática jurídica, desprendida dos direitos materiais, bem como devido à enunciação de novos direitos fundamentais do cidadão a serem exercidos dentro do âmbito processual, os pilares do processo foram migrando para os textos constitucionais até se configurar o que se denominou

de Direito Processual Constitucional¹³⁶. A partir daí o processo passa a ser visto como instrumento não apenas dos direitos, mas, principalmente, como instrumento de realização dos valores da ordem constitucional.

Segundo Dinamarco, a “*tutela constitucional do processo* tem o significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional” de modo que, “como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados”¹³⁷.

Uma característica marcante do Estado Democrático de Direito é, não apenas a sua autolimitação e sua regulação por normas de Direito, mas a necessidade de que efetivamente o Estado e as emanções de seus Poderes seja dirigido pelos cidadãos que serão os únicos destinatários de sua atuação. Ao contrário, pois, das “formas” anteriores, o Estado Contemporâneo, sob o matiz de Estado Democrático de Direito, não é um fim em si mesmo, existindo na razão mesma da existência de seus cidadãos, fonte exclusiva da soberania na fórmula inscrita em todas as constituições democráticas, inclusive a CRFB/88, sobre a qual se debruça esta pesquisa, segundo a qual “Todo poder emana do povo...” (art. 1º, § único).

No dizer de Cademartori, cuida-se de uma “concepção instrumental do Estado de Direito: este é criado pela sociedade para atender às aspirações da mesma. Ou seja, legitima-se o Estado de Direito na medida em que atenda às aspirações, bens e interesses que justificam a sua existência”¹³⁸.

A concepção tradicional de Jurisdição, como uma das Funções estatais, exercida, precipuamente, pelo Poder Judiciário, entende-a como a via civilizada de

¹³⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 78.

¹³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 25.

¹³⁸ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 13.

resolução de conflitos ocorridos no seio de uma sociedade harmônica. A Jurisdição seria uma função terapêutica, dando solução a conflitos considerados anomalias sociais, embora naturalmente decorrentes do próprio tráfico social.

O conflito, contudo, é inerente às modernas sociedades capitalistas e não uma mera disfunção. O Direito atua no marco destas sociedades pondo as regras de um verdadeiro jogo entre interesses contraditórios, regulando os conflitos para que permaneçam dentro de patamares considerados aceitáveis, não tendo, necessariamente, como fim eliminá-los. Com efeito, por exemplo, a tensão existente entre trabalhadores e empregadores, fruto de uma contradição insuperável nos marcos da sociedade capitalista, não pode ser eliminada sem eliminar-se o próprio palco onde esses atores atuam. O Direito, assim, não pode satisfazer plenamente a nenhum desses pólos uma vez que a eliminação de um deles implicaria na própria eliminação da contradição fundamental do capitalismo: os que detêm os meios de produção e os que detêm a força de trabalho. Destarte, não podendo eliminar o conflito e nem entregar um dos pólos ao alvedrio do outro, o Direito cumpre a função de estabelecer as balizas do conflito. Quando essas balizas são ultrapassadas há uma violação das regras do jogo e o Estado põe a serviço do interessado a Jurisdição que restabelecerá o conflito social às suas balizas legais, eliminando o excesso ilegal, ou, visto apenas do ângulo processual da concepção tradicional, dará a solução jurídica para o conflito que lhe foi apresentado.

Exceto em algumas hipóteses legais, não é dado àquele que se sentir prejudicado impor *sponte sua* uma solução à parte adversa. Essa liberdade foi entregue pelos cidadãos ao Estado para que o mesmo, substituindo-se às partes em litígio, apresentasse a solução do caso concreto. Segundo SCHEFFER, a:

“prestação jurisdicional, contudo, antes de ser a manifestação de um Poder do Estado, é o cumprimento de uma promessa, expressa na Constituição, que aquele fez aos seus cidadãos. Com efeito, aceita-se à unanimidade que uma das tarefas do Estado é propiciar paz e segurança aos cidadãos. Como a autotutela está banida do ordenamento jurídico (CF/88 art. 5º, LIV), salvo o desforço imediato e a legítima defesa, a contrapartida foi o oferecimento da heterocomposição estatal (CF/88, art.

5º, XXXV). Portanto, a Jurisdição, assim como inúmeros outros institutos do processo, deve ser entendida a partir dessa promessa constitucional. Mais que isso, como a Constituição é um instrumento vivo que se renova diuturnamente para adequar-se aos novos tempos, a Jurisdição também recebe essa carga de influência”¹³⁹.

Neste aspecto, no monopólio da jurisdição, reside a característica fundamental da atividade jurisdicional como observou Silva, no sentido de que configura “uma circunstância inerente à função jurisdicional, que a torna necessariamente substitutiva, posto que aqui a atividade do Estado será sempre secundária de uma atividade primária dos interessados, que o próprio Estado proibira”¹⁴⁰.

A jurisdição penal, como forma mais contundente de efetivação do controle social formal exercido pelo Estado e suas agências (polícia, Judiciário, etc.), guarda especificidades inerentes ao ramo do direito material que instrumentaliza.

Como expõe Andrade¹⁴¹, o moderno sistema de justiça penal está assentado sobre quatro características formais fundamentais: a) o controle está centralizado no Estado, que o exerce de forma racional, isto é, nos limites da lei, através de agências específicas e de forma burocratizada; b) o desvio e os desviantes estão classificados o que conduz a uma especialização e profissionalização dos controladores; c) a segregação ainda é a pena dominante; e d) a pena é individualizada exclusivamente sobre o agente e incide sobre sua mente. Assim, desde a seleção das condutas desviantes até a efetiva aplicação da pena o Estado concentra o poder de controle penal.

¹³⁹ SCHEFFER, Ivori Luis da. *A influência da decisão de procedência proferida em ação declaratória de constitucionalidade sobre a coisa julgada individual em matéria de relação jurídica continuativa tributária*, p. 9.

¹⁴⁰ SILVA, Ovídio Baptista. *Curso de Processo Civil*, p. 17.

¹⁴¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle*, 1997.

Desta forma, o controle penal é um subsistema formal inserido em um sistema maior de controle social, sincronizando as dimensões programáticas e operacionalizadoras. O Direito Penal situa-se na dimensão programática do sistema, sendo o Poder Legislativo a fonte das normas penais. A instância de operacionalização dessa programação é o aparato judicial, assim entendido o conjunto que formam a polícia, o ministério público, o Judiciário, o sistema de execução e o próprio público atuando como denunciante ou como opinião pública.

Ainda segundo Andrade¹⁴², o moderno saber penal foi construído através de uma trajetória secular que vem desde a reação iluminista. Ao contrapor-se à aplicação arbitrária e desumana da pena no Antigo Regime, o pensamento penal do Iluminismo, majoritariamente filosófico, nesta atitude de reação e reforma, em nome da racionalização do poder punitivo do Estado que deveria ser legitimado pela legalidade, dotou-se de uma postura crítica e totalizadora e deu origem ao paradigma do direito penal do fato. Cuidava-se, então, de pôr fim a um determinado tipo de Estado. Consolidado o Estado moderno liberal, e como fruto do Estado intervencionista, a Escola Positiva, reagindo contra a Escola Clássica, deu origem a um outro paradigma, o direito penal do autor, com uma fundamentação de combate ao crime de cunho científico subordinando a ciência normativa às ciências empíricas. No período seguinte veio a síntese e pode-se perceber que a aparente contradição entre as escolas escondia uma continuidade ideológica visto que todas estavam fundadas em uma idêntica promessa de segurança jurídica. Nessa trajetória, muito embora com a reafirmação do direito penal do fato e a consolidação da dogmática penal em bases liberais, fica evidente que a Escola Positiva cumpriu o papel de depurar o pensamento Clássico de toda a sua natureza crítica, política e transformadora. A Dogmática Penal, apesar de tributária da Escola Clássica, firmase, assim, por influência dos Positivismos, como um conhecimento científico e, por isso, eminentemente técnico, imune à influência de fatores políticos ou filosóficos.

¹⁴² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle*.

No âmbito desta pesquisa, enfocada em interpretação constitucional, não cabe averiguar se as promessas que o sistema penal faz são ou não cumpridas, se a programação produzida pela Dogmática Penal efetivamente encontra materialização na prática do sistema penal ou, como tão bem demonstrou Andrade¹⁴³, padece de profundos déficits. Tomam-se as promessas da dogmática como postas, pois elas são as justificativas para o seu desenvolvimento teórico, e acata-se a “indispensabilidade do Estado e da Constituição”¹⁴⁴, apesar das diversas crises a que estão expostos.

Dessarte, é aceito como um dado o pensamento dominante no âmbito da Dogmática Penal no sentido de que este ramo do direito tem incidência quando o bem tutelado reveste-se de um especial valor ao sistema de modo que, para a sua efetiva proteção, além da proibição da conduta em outras áreas do Direito (civil, comercial, trabalhista, eleitoral, administrativo, etc) faz-se imprescindível também a penalização criminal da conduta ilícita. A ofensa aos bens eleitos para a proteção penal viola um limite intransponível do conflito social e que põe em questão a própria continuidade de um *status quo* social e político de modo que

“o *jus puniendi*, o direito de punir os infratores, o direito de poder impor a *sanctio juris* àqueles que descumprirem o mandamento proibitivo que se contém na lei penal corresponde à sociedade. Ninguém desconhece que a prática de infrações penais transtorna a ordem pública, e a sociedade é a principal vítima e, por isso mesmo, tem o direito de prevenir e reprimir aqueles atos que são lesivos à sua existência e conservação”¹⁴⁵.

O *jus puniendi* da sociedade, que nasce com a prática da infração penal, apresenta-se ao Estado, que o exerce, não como um “direito de punir, mas, sobretudo, [como um] *dever de punir*”¹⁴⁶ que o Estado deve necessariamente

¹⁴³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle*.

¹⁴⁴ DOBROWOLSKI, Sílvio. *O Poder Judiciário e a Constituição*, p. 309.

¹⁴⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V. 1, p. 11.

¹⁴⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, p.25.

exercer através da *persecutio criminis*, seja no momento da investigação criminal, seja no momento da ação penal, seguindo o princípio da obrigatoriedade.

Em suma, a Jurisdição é vista sob o aspecto de uma promessa que o Estado fez aos seus cidadãos no momento em que lhes vedou a autotutela e consiste em, substituindo-se às partes em conflito, aplicar a solução justa para o caso concreto. No âmbito dos Estados contemporâneos, a Jurisdição penal realça-se pelo embate ideológico que propicia o Direito Penal, mas, aceita-se como um pressuposto que o Estado deve exercer o *jus puniendi*.

No exercício do *jus puniendi*, como, aliás, no exercício processual de qualquer direito, ressalta a importância dos meios de prova para o convencimento do Estado-juiz do acerto das alegações lançadas na inicial. É o que será abordado a seguir.

3.1.2. O direito constitucional aos meios de prova

Neste tópico investiga-se a matriz constitucional configuradora de um direito fundamental à prova. Para tanto, faz-se necessário estabelecer um conceito de prova, indagar da sua finalidade e, como todo direito, perquirir de seus limites.

3.1.2.1 Conceito e finalidade da prova no processo penal

O processo é manejado instrumentalmente pela Jurisdição para que seja obtida uma resolução do problema trazido a juízo. O processo é, pois, instrumento de ordem pública que visa a uma atuação do Estado consistente na resolução de uma parcela de um dado conflito social. Ao cabo, especialmente nos processos direcionados à cognição, o Estado dirá quem tem razão. Tal processo há de ser ético, não podendo o Estado ser utilizado para a chicana, a fraude e está destinado à realização da justiça. Portanto, a verdade buscada há de ser a verdade material, aquela mais próxima possível dos fatos¹⁴⁷ a fim de configurar na mente do julgador

¹⁴⁷ Daí que a iniciativa das provas, mesmo no processo civil, não pertence exclusivamente às partes, devendo o juiz, como órgão do Estado, contribuir para que a reconstrução dos fatos seja a mais perfeita possível.

e em sua fundamentação (justificação social) a convicção de certeza. Destarte, a verdade e a certeza são o cerne de todo procedimento cognoscitivo no âmbito do moderno direito penal.

Não se pode dizer que o objeto estudado é verdadeiro ou não. A verdade não está no objeto de estudo; a realidade simplesmente é o que é. A verdade refere-se a uma adequação entre enunciados dessa realidade e a própria realidade, vale dizer, é a conformação do enunciado ao seu objeto. A verdade é, pois, não uma qualidade da realidade sobre a qual se debruça o sujeito cognoscente, mas sim um atributo de um dado julgamento, daí a relevância da linguagem e da lógica para o seu dimensionamento.

A verdade de um enunciado conduz a um estado mental chamado certeza, ou seja, “um estado subjetivo de adesão firme a um enunciado qualquer, por julgar que ele traduz a perfeita conformidade da mente cognoscente, em relação a determinada realidade”¹⁴⁸. Segundo Abbaganano, a palavra certeza possui “dois significados fundamentais: 1º segurança subjetiva da verdade de um conhecimento; 2º garantia que um conhecimento oferece de sua verdade”¹⁴⁹.

No entanto, a verdade do enunciado pode ser apenas aparente, de forma que um enunciado pode gerar um estado subjetivo de certeza onde não há verdade objetiva. O agente cognoscente deve ter a humildade de saber que não pode conhecer tudo, mas também deve ter a percepção de que é possível ir construindo o conhecimento a partir de determinados pontos. Como disse Ruiz, a “representação pode ser parcial; entretanto, a verdade será plena se a parte afirmada corresponde à parte real apreendida corretamente. Não se pode confundir plena verdade com conhecimento pleno da realidade”¹⁵⁰. A verdade será sempre relativa ao tipo de conhecimento que se produz e as provas terão essa mesma característica. Assim, a prova mais absoluta que existe refere-se ao conhecimento matemático. Como disse

¹⁴⁸ RUIZ, João Álvaro. *Metodologia Científica: guia para eficiência nos estudos*, p. 119.

¹⁴⁹ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, p. 131.

¹⁵⁰ RUIZ, João Álvaro. *Metodologia Científica: guia para eficiência nos estudos*, p. 118.

Singh, a “ciência funciona por um sistema semelhante ao da justiça. Uma teoria é considerada verdadeira se existem evidências suficientes para apoiá-la ‘além de toda dúvida razoável’. Por outro lado, a matemática não depende de evidências tiradas de experiências sujeitas a falhas e sim construídas sobre lógica infalível”¹⁵¹.

Com efeito, o processo judicial é, comumente¹⁵², o palco de alegações das partes mutuamente excludentes ou impeditivas entre si (objeto). São afirmações dirigidas ao julgador (destinatário) e que visam convencê-lo (sentido subjetivo) da razão jurídica (certeza) de quem afirma (finalidade). As alegações, contudo, para que obtenham credibilidade nos autos, dado que todos são iguais no plano normativo, devem ser demonstradas por meios idôneos, conforme a natureza do objeto (sentido objetivo). Contudo, *jura novit curia*, de modo que à parte cabe alegar fatos jurídicos ao juiz e são os fatos que, ordinariamente, devem ser transpostos aos autos pelos meios de provas¹⁵³.

A prova penal presta-se, assim, a uma espécie de reconstrução histórica de fatos. Como afirmou Aranha, a “função da prova é essencialmente demonstrar que um fato existiu e de que forma existiu ou como existe e de que forma existe. É, portanto, uma tarefa reconstrutiva, uma missão histórica do juiz, como sabiamente afirmado por Dellepiane. Há uma profunda analogia entre a missão do juiz e a do historiador, pois ambos reconstroem e interpretam fatos pretéritos”¹⁵⁴.

Contudo, a prova penal não se resume à reconstrução histórica, tendo em vista que a sua principal finalidade é de possibilitar ao juiz a valoração de fatos pretéritos para poder decidir. Ademais, o julgador é extremamente seletivo no processo de reconstrução, visto que está adstrito a um princípio de correlação lógica com os termos da acusação. Por fim, outros fatores, alguns de ordem meramente

¹⁵¹ SINGH, Simon. *O último teorema de Fermat*, p. 43

¹⁵² Nem sempre, v.g., os casos de jurisdição voluntária.

¹⁵³ Apenas excepcionalmente deve a parte provar o direito, v. g., art. 337 do CPC. BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei n. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973, art. 337. Brasília, DF: Senado, 1973.

¹⁵⁴ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*, p. 5.

subjetiva, podem influir na solução do processo, de modo que a prova penal, em essência, deve veicular

“a demonstração do conjunto de fatos e circunstâncias que convencem da ocorrência de um fato que interessa ao Direito Penal, no tocante à materialidade e à autoria, bem como da existência de causas que justifiquem a ação ou omissão, excluindo a criminalidade ou incidindo na demonstração de maior ou menos intensidade de dolo ou de culpa do agente, para a fixação da responsabilidade criminal”¹⁵⁵.

A prova é, assim, a tentativa de convencer o magistrado de uma verdade jurídica, buscando confirmar ou infirmar (contraprova) aquilo que foi afirmado, em alguns casos, através de uma reconstrução histórica produzida nos autos. Essa reconstrução, todavia, feita no palco de uma disputa, padece de um sério viés que é a possibilidade de que o que venha para o processo não sejam os fatos, mas apenas as versões parciais de cada um dos pólos interessados em uma dada solução.

Conforme Gomes Filho, a concepção segundo a qual a prova tem a finalidade de irradiar a luz da verdade sobre os fatos alegados no processo não passa de um expediente “persuasivo, através da qual a confusão entre elementos descritivos e emotivos é empregada com o fim de obter a adesão a certo ponto de vista, no caso a idéia de que as decisões judiciais, fundadas que são em *provas*, são verdadeiras e, por isso, justas”¹⁵⁶. Os contendores não se comportam como investigadores isentos ou como cientistas assépticos de vínculos ideológicos; ao contrário, ordinariamente ocorre de trazerem aos autos apenas a face dos fatos que interessam à confirmação de suas teses. O julgamento da demanda, portanto, embora apareça como a conclusão de um silogismo lógico, não se assemelha ao método científico que levaria a apenas uma conclusão, eis que o que faz o magistrado é valorar, perceber, sentir as versões e inclinar-se pela que pareça mais verossímil. Daí sentença, do latim *sententiae*, sendo que uma das acepções é sentir, opinar.

¹⁵⁵ MESSIAS, Irajá Pereira. *Da prova penal*, p. 45.

¹⁵⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, p. 43.

Contudo, se por um lado a verdade nem sempre é uma meta processualmente alcançável, por outro não haveria qualquer legitimidade em uma sentença penal condenatória simplesmente calcada em verossimilhança, tendo-se como prova apenas a aparência de verdade de um conjunto de evidências que melhor satisfizeram à convicção do julgador. Nem mesmo seria satisfatório o método da probabilidade matemática, pois aqui há sempre um espaço de dúvida que, por menor que seja, no processo penal, não pode conduzir a outro julgamento que não o da absolvição do réu. Gomes Filho aponta como solução o método da probabilidade lógica que consiste em tomar-se “como base o *grau* de confirmação fornecido pelas provas existentes” de modo que seja “possível afirmar-se que uma hipótese é mais *provável* do que outra”¹⁵⁷. Obtém-se, assim, através de um raciocínio indutivo sobre as provas uma generalização e, “para que se possa afirmar ter sido obtida uma prova consistente, fora de dúvidas, será necessário verificar se cada característica relevante da situação examinada é coerente com a generalização pretendida”¹⁵⁸.

Esse método pressupõe, contudo, a aplicação plena do princípio do devido processo legal no qual a admissão e produção das provas passem pelo crivo do contraditório e da ampla defesa. Pressupõe também que o procedimento probatório seja previamente regrado a fim de configurar uma garantia às partes e um limite ao arbítrio judicial.

Ordinariamente costuma-se falar de prova em dois sentidos que correspondem aos sentidos do procedimento cognoscitivo: um sentido subjetivo correspondente à certeza, e outro sentido objetivo correspondente à verdade. No sentido subjetivo, prova aparece como o resultado pretendido, isto é, equivale ao convencimento de que algo é verdadeiro. Em sentido objetivo, prova corresponde aos meios de prova ou fontes de convencimento e à própria atividade de introduzi-los nos autos.

¹⁵⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, p. 52.

¹⁵⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, p. 53.

Tanto a investigação penal como o próprio processo penal acusatório são cortes de uma realidade maior, de forma que apenas aquilo que é tipificado como infração penal é que se torna questão a ser investigada e decidida. Portanto, o objeto da prova penal gravitará em torno da ocorrência, ou da possível ocorrência¹⁵⁹, do suposto fato típico e da autoria do mesmo.

A lei arrola várias espécies de meios de provas (interrogatório, testemunhas, documentos, etc.)¹⁶⁰. Segundo a classificação das provas proposta por Malatesta, elas dividem-se, quanto ao objeto, em diretas — quando se refere ao próprio fato; e indiretas — prova-se um outro fato (indício) que serve de presunção da existência do fato que fundamenta a alegação. Indícios e presunções não são meios de provas. Conforme o Aurélio, indício é a “circunstância conhecida e provada que, relacionando-se com determinado fato, autoriza, por indução, concluir-se a existência de outra(s) circunstância(s); prova circunstancial”¹⁶¹.

É o conceito exposto no art. 239 do Código de Processo Penal. Portanto, indício é um fato cuja (alegação de) existência se prova e a indução é o método para, a partir do indício provado, concluir-se (presumir-se) a existência do fato que fundamenta a alegação da parte.

Quanto à forma, os meios de prova são testemunhais (inclusive confissão), documentais ou materiais. Esta última é a que decorre da própria coisa, de sua materialidade.

Há uma justificativa social, um interesse coletivo na produção da prova, o qual transcende o interesse da parte que pretende ou necessita da sua produção

¹⁵⁹ Visto que o sistema penal deve, preponderantemente, desempenhar uma função preventiva do delito. A eficácia do sistema, notadamente quando se refere ao tema desta pesquisa, diz respeito à possibilidade de evitar ou prevenir a ocorrência do delito, visto que a fase punitiva já é patente revelação da incapacidade de o Estado proteger a sociedade.

¹⁶⁰ Esse procedimento da lei, especificando certas espécies de meios de prova, não se confunde com o sistema da prova legal. Neste caso, a lei não apenas arrola os meios de prova admitidos mas confere a eles um valor probatório prévio, suprimindo essa consideração da alçada do juiz. Aqueles são instrumentos para demonstrar nos autos a verdade de uma alegação, enquanto essa estabelece um critério predeterminado de avaliação.

¹⁶¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Eletrônico*: Século XXI, 1999.

para convencer o julgador. É que estão afastados os julgamentos por íntima convicção, incompatíveis que são com um Estado Democrático que deve exercer o seu poder não apenas para o público, mas também em público, de modo que o julgador deve fundamentar, dar as razões que o levaram a tomar determinada decisão. O julgador também deve convencer aos destinatários de sua decisão e à própria sociedade e a prova cumpre esse papel justificador.

3.1.2.2. A prova penal como um direito de matriz constitucional

A doutrina, possivelmente movida por influências privatistas, formalistas e positivistas, ainda descortina a produção probatória meramente como ônus processual, sem transcender esse espaço jurídico. Aqui, questiona-se essa redução indagando-se dos fundamentos constitucionais da produção probatória.

Com efeito, Mossin espelha bem esse pensamento tradicional quando diz que “cumpre ao Ministério Público ou ao querelante demonstrar a existência do *corpus delicti* e da autoria, aqui se incluindo a co-autoria e a participação”¹⁶². Também Aranha aborda a produção probatória meramente do ângulo processual uma vez que “à acusação cabe o ônus probatório relativo a: a) existência de um fato considerado ilícito penal por força de lei; e, b) realização do fato por ação atribuível ao denunciado”¹⁶³. Mirabete, embora mostrando a relatividade da distribuição do ônus da prova, também partilha do mesmo entendimento ao dizer que a “regra de que o ônus da prova da alegação incumbe a quem a fizer não é, aliás, absoluta, pois ‘o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante’”¹⁶⁴.

Também a forma como redigidas as normas sobre a presunção de inocência podem conduzir a essa parcial interpretação do fenômeno probatório. Deve-se atentar, contudo, que tais normas priorizam o ângulo garantista da prova no sentido de que sem prova concludente é ilegítima a condenação penal. Com efeito, a

¹⁶² MOSSIN, Heráclito Antônio. *Curso de processo penal*, V. 2, p. 223.

¹⁶³ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*, p. 10.

¹⁶⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, p. 262.

partir de dispositivos dos diversos atos internacionais a que se vinculou o Brasil, v.g. o art. 8º, 2, do Pacto de São José da Costa Rica¹⁶⁵, e dos próprios atos normativos nacionais, como o inciso LVII do art. 5º da CRFB/88¹⁶⁶, que estabelecem a presunção de inocência enquanto não provada a culpa do réu, retira-se que a prova é um ônus processual (não provando, a consequência processual será a absolvição) do órgão acusador do Estado, o que vem ao encontro das assertivas doutrinárias que aqui, todavia, se pretende questionar.

Essa concepção do ônus da prova, conforme ensina Gomes Filho,

“própria do formalismo positivista, traz consigo a idéia de que o processo constitui mero instrumento de pacificação dos conflitos, sem se importar com uma correta reconstrução dos fatos”, esquecendo que o processo, como instrumento público e ético que é, tem que ser um “*processo justo*, especialmente no terreno penal, cujo modelo *cognitivo* constitui garantia do acusado e da própria jurisdição”.¹⁶⁷

A expressão ônus processual tem o significado de obrigação para consigo mesmo. Ora, em relação à função desempenhada pelos organismos de prevenção e repressão, a prova da ocorrência da infração penal ou de sua provável ocorrência futura é dever em relação à sociedade. Frente ao crime, a atividade probatória do Estado não se reduz jamais a um ônus processual. O Estado tem que restaurar a ordem jurídica violada, manter a segurança social e garantir a igualdade dos cidadãos ao tornar eficazes os mecanismos de prevenção e repressão de modo que todos os infratores recebam idêntico tratamento do Poder Público.

Esse dever manifesta-se em dois planos: a) no plano pré-processual, a sociedade, a título de ser protegida, não pode ser atingida por investigações ou atuações ilegais e arbitrárias dos órgãos do sistema penal. A legitimidade da atuação desses órgãos ocorre na medida mesma em que estão amparados em evidências de que uma infração penal estava em curso; b) no plano processual, cuida-se de um dever de persecução penal. No sistema jurídico brasileiro, havendo adequação

¹⁶⁵ BRASIL. Decreto. Decreto n. 678: *determina a aplicação no Brasil da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Brasília, DF: Presidência da República, 1992.

¹⁶⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988.

típica, o órgão acusador não possui discricionariedade para escolher se movimenta ou não a persecução penal. Deve fazê-lo.

No entanto, em relação ao sistema constitucional de garantias fundamentais, que é o plano que embasa esta pesquisa, a produção da prova é um direito fundamental, seja aquela que se destina ao processo civil, seja a que visa à persecução penal. Neste último caso, deve-se acrescentar que se cuida de um direito potenciado, uma vez que alberga os interesses de toda uma coletividade à preservação dos valores que elegeu como fundamentais.

A Constituição não veda expressamente a autotutela, mas tal decorre do próprio sistema constitucional que o alberga, referindo-se a um certo estágio de desenvolvimento cultural e social, sendo impensável, atualmente, uma sociedade conviver com a efetivação da justiça pelas próprias mãos¹⁶⁸. De toda forma, as leis infraconstitucionais procedem a esta vedação¹⁶⁹ tendo em vista a autorização do inciso II, art. 5º, da CRFB/88.

Mas, a CRFB/88 não deixou o cidadão agredido ao desamparo. Tendo falhado o aparato preventivo do Estado (CRFB/88 art. 1º, II e III; art. 3º, I; art. 144), a Constituição determina que o próprio Estado, desta vez na sua Função Judiciária, restaure a violação normativa impondo a sanção ao agente faltoso.

É por isso que a Jurisdição, especialmente a Jurisdição penal, surge como uma promessa à cidadania e, portanto, como um dever impostergável e primário do Estado (CRFB/88, art. 5º, XXXV). Mesmo o Estado não pode exercer a autotutela penal¹⁷⁰. A Jurisdição, neste caso, é imprescindível. Esta é movimentada por meio

¹⁶⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, p. 83.

¹⁶⁸ Este prisma propicia também uma reinterpretação do próprio rol dos direitos e garantias fundamentais previsto na CRFB/88 que não se dirige apenas e diretamente ao Estado, mas também dirige-se, inclusive de forma direta, aos próprios particulares e suas organizações.

¹⁶⁹ BRASIL. *Código Penal*. artigos. 345 e 350.

¹⁷⁰ Especialmente no que toca às normas de Direito Penal, jamais se poderia incumbir ao próprio lesado a restauração da ordem jurídica violada. Seja porque, seguidamente, as forças do agressor são maiores do que as da vítima, seja pelo fato de que a lesão pode ser difusa, sem vítima aparente que não a própria ordem jurídica e o Estado, como é o caso de grande parte dos delitos denominados de “colarinho branco.”

da ação, valendo-se do processo como seu instrumento, sendo a sentença o reconhecimento esperado e a condição sem a qual a ordem jurídica não pode ser restaurada. No entanto, para que o autor, seja ele o cidadão ou, como no caso da Jurisdição penal, o próprio Estado, possa obter sentença favorável deve trazer aos autos, de forma cabal, todos os fatos que alega através dos meios de prova. Vedar a autotutela, assegurando a Jurisdição, mas sem garantir o direito à prova é nada garantir, porquanto se asseguraria a obtenção do fim que não poderia ser atingido se vedado fosse o uso do meio necessário. Como o sistema exige a motivação das decisões judiciais (CRFB/88 art. 93, inciso XI), o juiz não pode decidir questões por conhecimento extra-autos, sendo a prova uma necessidade imperiosa para o sucesso do pedido. Destarte, a produção probatória é um direito fundamental que se situa no mesmo plano constitucional do direito à Jurisdição e do direito à intimidade.

É essa também a conclusão de Gomes Filho para quem o titular desse direito à prova não é apenas a defesa, mas também a acusação, seja a ação penal de iniciativa privada ou pública,

“pois se a Constituição (art. 129, I) ou a lei (art. 30 CPP) lhes confere a iniciativa da persecução, obviamente também está lhes atribuindo os poderes de participação em todas as atividades processuais, sobretudo aquelas destinadas à demonstração dos fatos em que se funda a acusação; outra coisa não se deduz dos princípios constitucionais da *igualdade* e do *contraditório*”¹⁷¹.

Destarte, a prova é, para a acusação, um direito de matriz constitucional. O exercício desse direito, contudo, deve conformar-se ao disposto no ordenamento jurídico que tanto proíbe que certos fatos sejam objeto de prova quanto proíbe o uso de certos meios para a colheita da prova.

3.1.3. Limites ao direito à prova

Há um conjunto de regras que regulam o exercício do direito à prova estabelecendo o procedimento probatório (necessidade da prova, oportunidade, requerimento, admissão, produção e valoração), o impedimento do ingresso de

¹⁷¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, p. 84.

determinadas provas no processo e a consequência da entrada no processo de provas indevidas. Esse regramento constitui garantia inalienável das partes e de terceiros eventualmente atingidos pelo processo.

É certo que, no sistema jurídico brasileiro, não pode o Estado-juiz condenar sem fundamentar a condenação como decorrência lógica do provado, nem tampouco o Estado-administração pode realizar a investigação penal sem quaisquer indícios de iminência de uma infração penal. Não menos certo é que não é dado ao órgão acusador, no exercício do *jus puniendi*, produzir a prova sem obediência à legalidade, pois, como refere Mendonça, o “sistema de liberdades públicas e a atividade instrutória do Estado são pratos de uma balança que estão em permanente conflito. O equilíbrio é a meta. Deve-se carrear o processo com provas suficientes que promovam o livre convencimento judicial, ao mesmo tempo que não violem o exercício das liberdades individuais”¹⁷².

A prova, antes de tudo, ela própria e o seu instrumento hão de ser eticamente admissíveis, porquanto o processo é um meio ético para se alcançar um justo fim. Como adverte Ferraz, o termo prova também advém da palavra latina *probus*¹⁷³.

Não obstante, sob o prisma constitucional, o direito de provar possuir estatura de direito fundamental, é um direito que também deve respeito aos demais direitos e valores reconhecidos pelo ordenamento constitucional. Dessa forma, o direito à prova não é ilimitado ou absoluto, seja por razões de ordem processual (limitações intrínsecas), seja por razões de ordem material (limitações extrínsecas).

Desta forma, a função do próprio Processo Penal deve ser repensada, pois, segundo Avolio,

“Encontra-se superada, no atual estágio de evolução das liberdades públicas, a visão do processo penal como instrumento voltado à busca da verdade real ou material. 2. A verdade a ser alcançada é a verdade judiciária, que pressupõe a

¹⁷² MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*, p. 8-9.

¹⁷³ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*, p.291.

observância do contraditório, baseado em critérios de admissibilidade de provas, com exclusão daquelas que atentem contra a dignidade humana.”¹⁷⁴

Também para Grinover, Fernandez e Gomes Filho a verdade material não é um dogma, mas, em confronto com as garantias éticas do processo, deve ser considerada

“em seu sentido correto: de um lado, no sentido da verdade subtraída à influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela; de outro lado, no sentido de uma verdade que, não sendo ‘absoluta’ ou ‘ontológica’, há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço: uma verdade processualmente válida”¹⁷⁵.

O momento da admissibilidade é a oportunidade processual própria para impedir que certas provas venham a lume. Mas, face à existência de uma fase investigatória prévia que se serve das mesmas regras sobre prova, o juízo de admissibilidade, tal qual uma medida de profilaxia, atua também nesse âmbito. Contudo, uma vez consumada a entrada da prova no processo, abre-se um outro momento, tendente a declarar a sua nulidade e de extirpar a irradiação de efeitos jurídicos da prova indevida.

O tema que interessa abordar, enquanto limite ao direito de prova e, portanto, limitador também do princípio da verdade real no processo penal, refere-se a duas ordens de proibições ou ilegalidades *lato sensu*: por ofensa a normas processuais e por ofensa a normas de direito material. As primeiras denominam-se provas ilegítimas e as segundas provas ilícitas. Na síntese de Mirabete :

“a prova é proibida toda vez que caracterizar violação de normas legais ou de princípios do ordenamento de natureza processual ou material. Com fundamento nessa conceituação, dividem os autores as provas em: ilícitas, as que contrariam as normas de Direito Material, quer quanto ao meio ou quanto ao modo de obtenção; e ilegítimas, as que afrontam

¹⁷⁴ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*, p. 161.

¹⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no Processo Penal*, p. 107.

normas de Direito Processual, tanto na produção quanto na introdução da prova no processo”¹⁷⁶.

3.1.3.1. Provas ilegítimas

O tema da prova ilegítima diz respeito à inobservância de normas de procedimento sobre a prova. Cuida-se, portanto, de requisitos de validade da prova colhida no âmbito do processo penal e que incide em qualquer dos momentos do procedimento probatório: proposição, admissão, produção e valoração.

A legalidade da prova refere-se também a sua utilidade. Devem, pois, ser excluídos aqueles meios de prova que não dizem respeito ao objeto do processo. Assim, se o acusado responde por furto, não parece haver razoabilidade e nem interesse que se investigue, *v.g.*, suas opções sexuais.

De outro lado, a lei, em certos casos, proíbe a prova de certos fatos mesmo que relacionados com a infração penal. Dessa forma, no crime de difamação praticado contra particular não é admitida a demonstração de que o fato ofensivo à reputação da vítima efetivamente existiu (CP art. 139, § único).

Em outros casos, a lei não proíbe a prova do fato, mas exige para a sua demonstração uma prova robusta. Neste caso, a proibição refere-se ao próprio convencimento do magistrado, incidindo no momento de valoração da prova, a fim de que possa construí-lo da melhor forma possível. Assim é que, em certas hipóteses, a lei retira da prova toda a força de convencimento, como acontece quando veda que o juiz reconheça a existência de um crime material com a só confissão do acusado (CPP, art. 158) ou quando determina que a prova do óbito se dará à vista da respectiva certidão (CPP art. 62).

Mas, a regra de suma importância a ser observada no processo penal refere-se ao princípio do devido processo legal. O devido processo legal constitui uma cláusula ampla que prevê apuração e julgamento, por rito legal, por autoridade

¹⁷⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, p. 260.

competente e imparcial, com prévia ciência ao interessado, com publicidade, com possibilidade de produzir provas e ser ouvido, implicando em decisão motivada e fundamentada. Ao garantir o contraditório e a ampla defesa, o texto constitucional quer significar que,

“tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório. (...) Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, realizarem as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos. (...) Essa oportunidade tem de ser real, efetiva, pois o princípio constitucional não se contenta com o contraditório meramente formal”¹⁷⁷.

Formalmente, o devido processo legal manifesta-se quando se assegura a observância do princípio da legalidade, isto é, pela observação do estatuído na lei processual. Em síntese, traduz a garantia de um processo e uma decisão justa, nos termos que a lei dispuser. Contudo, a Constituição não se contenta com uma aplicação formal do devido processo legal, mas sim com sua efetiva realização. Por isso que não basta que a lei estabeleça um procedimento, fazendo-se imprescindível que esse procedimento efetivamente assegure às partes ciência da imputação, possibilidade de serem ouvidas, de defender-se, de produzir provas e de acompanhar a instrução. Assim, um caso de aplicação da regra do devido processo legal é quando se reconhece a invalidade da prova que não foi obtida pelo juiz natural ou, posto obtida por este, o foi na ausência de qualquer das partes. Daí que a chamada prova emprestada somente pode produzir efeitos no processo se passou pelo crivo do contraditório.

¹⁷⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 122-125.

3.1.3.2. Provas ilícitas

Ilícita é a prova obtida em desobediência a uma vedação normativa que proíbe quer certos meios de prova, quer certos modos de sua obtenção. No dizer de Grinover, Fernandes e Gomes Filho a prova ilícita é aquela colhida com infração a:

“normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, freqüentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade. Constituem, assim, provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (art. 5º, XI, CF) ou das comunicações (art. 5º, XII, CF); as conseguidas mediante tortura ou maus tratos (art. 5º, III, CF); as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X, CF), etc”¹⁷⁸.

A ilicitude da prova refere-se, portanto, ao momento de sua obtenção, quando são praticadas ações vedadas pelo direito positivo material a fim de efetivar a proteção a bens e valores fundamentais. É esse o ensinamento da doutrina:

“(...) as provas ilícitas se caracterizam pela ilegalidade ocorrida em momento anterior à sua produção em juízo.

A contaminação se dá no momento de sua obtenção e não no momento de sua produção em juízo. Quando esta for carreada aos autos, a ilicitude já estaria ínsita como qualificadora da prova. Pois bem, se apenas se realiza a fase da atividade instrutória quando as provas já estão inseridas no contexto processual, é tranqüilo concluir que a ilicitude, nesta fase, já é uma qualidade da prova, vez que esta se deu no momento de sua obtenção”¹⁷⁹.

A CRFB/88 expressamente afastou a utilização processual de provas obtidas ilicitamente consoante o texto do art. 5º, inciso LVI. Depreende-se do texto constitucional que a prova tem que ser legal sob dois aspectos: a) a produção da prova não pode ser ela mesma um crime como acontece com as confissões obtidas mediante tortura, ou violação de espaços da vida privada do acusado; e b) não pode violar direitos consagrados.

¹⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no Processo Penal*, p. 109.

¹⁷⁹ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*, p. 34.

A consequência processual da ilicitude da prova é a sua inadmissibilidade no processo ou, tendo nele ingressado, a sua inutilidade para embasar qualquer juízo. No dizer de Mendonça tais provas constituem “instrumentos inaptos à formação do convencimento judicial por estarem inquinadas de vícios comprometedores da norma material, assim como dos princípios constitucionais”¹⁸⁰.

Destarte, todas as provas que violarem a privacidade, fora daqueles casos expressamente admitidos em dispositivos constitucionais, serão consideradas como provas ilícitas por infração direta ao inciso X do art. 5º da CRFB/88. Assim, como não há exceção constitucional ao sigilo, todas as provas colhidas com violação a esse dever constitucional serão reputadas ilícitas. Também não se pode produzir prova contra si mesmo, sendo assegurado o direito ao silêncio (inciso LXIII) de modo que está vedada a auto-incriminação da testemunha.

Como visto, a vedação constitucional é plena e incontestável, proibindo que o juiz estabeleça qualquer valoração sobre a prova colhida ilicitamente. Não fosse assim, não haveria garantia de efetividade do direito à privacidade. Não obstante, a doutrina vem reagindo a esse absolutismo invocando casos extremos de combate à criminalidade, frente aos quais a manutenção da proibição de uso processual da prova ilícita conduziria “resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes”,¹⁸¹ acenando, destarte, com a relatividade da proibição constitucional.

Para esse seguimento da doutrina, os termos em que formulado o dispositivo constitucional devem ser compreendidos em consonância com o momento histórico da sua promulgação no qual a violação das liberdades individuais pelo aparato estatal era corriqueira. Afastando-se os extremos, ou seja, a absoluta invalidade da prova ilícita e a completa aceitação da mesma, punindo-se apenas o culpados pela transgressão, acena-se, assim, com a relativização da

¹⁸⁰ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*, p. 31.

¹⁸¹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*, p. 72.

vedação constitucional, seja pela via da interpretação constitucional que produz verdadeira mutação, seja pela via da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Dessa forma é que Grinover, Fernandes e Gomes Filho informam, e parecem aderir, a uma corrente intermediária que postula a atenuação de “possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade”. Isso seria possível por meio de “um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes”¹⁸².

3.2 A PROVA PENAL FRENTE À PRIVACIDADE

3.2.1. A supremacia do interesse público

Não há um tratamento uniforme entre os Estados no que se refere ao direito da produção da prova penal. Cada Estado, conforme os valores constitucionalmente tutelados, dará um tratamento próprio à questão do direito de prova. Com efeito, como explica Gomes Filho, as concepções de direito e finalidade da prova:

“estão diretamente relacionadas aos escopos do próprio Estado: assim, num Estado que pretenda organizar a vida dos indivíduos e conduzir a sociedade, o procedimento probatório tenderá a exercer uma função de maior investigação dos fatos; ao contrário, para uma organização estatal preocupada somente em manter o equilíbrio social, preservando a autodeterminação dos indivíduos, o modelo certamente se limitará a disciplinar o encontro entre os interessados e, como consequência, a atividade probatória estará menos afetada pelos interesses do próprio Estado”¹⁸³.

A atividade de persecução penal é uma atividade administrativa do Estado. Neste passo, deve-se recordar que dois princípios fundamentais regem todo

¹⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no Processo Penal*, p. 110.

¹⁸³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, p. 19.

o Direito Administrativo: a supremacia do interesse público e a sua indisponibilidade pela Administração. A noção de interesse público, contudo, não é de fácil precisão. Meirelles¹⁸⁴ identifica-o com “aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por uma parte expressiva de seus membros”. Já Mello¹⁸⁵ conceitua interesse público como aquele “resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos *pessoalmente* têm quando considerados *em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem*”.

De toda forma, considera-se que o que seja interesse público encontra-se expresso no sistema de direito positivo, notadamente o constitucional. Quando assim não estiver posto, a Administração Pública, embora não tenha a exclusividade em defini-lo, atuaria, quando muito, como uma espécie de árbitro na identificação daquilo que a sociedade elege como tal.

De outro lado, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é inerente à existência de qualquer sociedade e dele decorre uma posição de privilégio e de supremacia para a Administração Pública. A posição de supremacia, no dizer de Mello¹⁸⁶ refere-se à “verticalidade nas relações entre a Administração e particulares; ao contrário da horizontalidade, típica das relações entre estes últimos”. Manifesta-se por prerrogativas e privilégios próprios.

O princípio da indisponibilidade dos interesses públicos informa que a própria Administração Pública não possui poderes de onerar, alienar ou destruir os bens e interesses postos a sua guarda e nem pode, *sponte sua*, deixar de perseguir aos fins públicos a que está destinada, justamente porquanto a Administração é função e “onde há função, não há autonomia da vontade, não há liberdade de

¹⁸⁴ MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 81.

¹⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 59.

¹⁸⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p.31.

expressão, nem autodeterminação de finalidades e, muito menos, busca de interesses pessoais. Há adstrição a uma vontade pré-traçada pela Constituição”¹⁸⁷.

Por outro lado, não há doutrina que argumente que a supremacia do interesse público sobre o privado é absoluta, máxime diante da existência de um conjunto de direitos fundamentais colacionados na CRFB/88. Resta saber, então, o que vem a ser a superioridade do interesse público em relação ao privado. Para se chegar a uma conclusão do que significa esta supremacia, não se pode abraçar apenas aspectos morais e políticos, e sim deve ser extraído do próprio texto constitucional o plano normativo justificador do referido princípio. Muito embora inexistisse esse princípio de modo expreso na Constituição, o certo é que implicitamente ele está presente. Com efeito:

“São múltiplas as fontes constitucionais da superioridade do interesse público sobre o privado. Dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública decorre a superioridade do interesse público em detrimento do particular, como direção teleológica da atuação administrativa. Resulta clara, na seqüência, a relação entre o imperativo conteúdo finalístico da ação administrativa (consecução do interesse público) e a existência de meios materiais e jurídicos que retratam a supremacia do interesse público sobre o privado, é dizer, as situações de vantagens da Administração em detrimento do particular encontram raízes na existência de fins de utilidade pública perseguíveis pelo Poder Público. De outro lado, a existência de bens coletivos que reclamam proteção estatal e restrições a direitos individuais também retrata um princípio de superioridade do interesse público sobre o particular. Nas normas constitucionais protetivas desses bens e valores coletivos, portanto, está implícita a existência do interesse público e sua superioridade relativamente ao privado”¹⁸⁸.

Utilizando-se da interpretação teleológica e sistemática, conclui-se que a CRFB/88 acaba por consagrar *status* constitucional à supremacia do interesse público, uma vez que traz no seu bojo um conjunto de normas constitucionais

¹⁸⁷ MARTINS, Luciana Mabilia. *Interesse público e interesse privado: é possível colisão?* p. 45.

¹⁸⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro?* p. 72.

vinculantes para a Administração Pública, inclusive àquelas consistentes à segurança pública. Essa supremacia, no entanto, não significa que a Administração possa atuar com a liberdade que têm os particulares ou que seus agentes públicos possam agir discricionariamente. Pelo contrário, no exercício da função administrativa, sempre se deve buscar, com parcimônia, a satisfação dos interesses públicos.

Osório conclui que a “superioridade do interesse público sobre o privado é uma norma constitucional que incide no Direito Administrativo brasileiro, ora como regra, ora como princípio. Resulta implicitamente do sistema constitucional e produz importantes conseqüências normativas na ordem jurídica, não se restringindo a figurar como mera causa sociopolítica de outras normas jurídicas”¹⁸⁹.

Para os fins desta pesquisa, qual seja, o limite da produção probatória, a pergunta que se deve pôr é se existe uma supremacia do interesse público sobre o direito do investigado/acusado. Essa supremacia do interesse público sobre o privado, em sede penal, é mesmo evidente e decorre da própria promessa do Estado à segurança pública em um duplo aspecto: primeiro proibindo a autotutela e chamando a si o monopólio da Jurisdição; e pela previsão das condutas sociais consideradas como penalmente relevantes.

Mas essa supremacia não é uma arma, uma alavanca a amparar qualquer pretensão dos agentes estatais a qualquer momento. Ela está dada e definida pela Constituição de modo a propiciar um equilíbrio entre os interesses. A Constituição, assim como um pacto social, previu as regras do jogo e a convivência entre os interesses públicos e privados está nela estabelecida. O equilíbrio e não a supremacia emerge de suas regras. Assim, naquilo em que normaliza interesse público, aí está a sua supremacia. Fora daí, contudo, a supremacia pertence aos agentes sociais.

¹⁸⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro?* p. 90.

De outro lado, sob pena de o argumento da superioridade do interesse público sobre o privado não passar de mero artifício de justificação do poder, não há nada que corresponda mais à noção de interesse público, em um Estado Democrático e de Direito, do que a observância dos direitos fundamentais, dentre eles a proteção da privacidade. É esse também o pensamento de Ferraz Jr. para quem:

“a cidadania, exigência do princípio republicano, que a reclama como uma espécie de fundamento primeiro da vida política e, por consequência, do Estado, antecede ao Estado, não sendo por ele instituída. É ela que constitui a distinção entre o público e o privado, sob pena de perversão da soberania popular (Cf, art. 1º, parágrafo único). As competências estabelecidas e atribuídas ao Estado devem, pois, estar submetidas ao reconhecimento do indivíduo como cidadão, cuja dignidade se corporifica em direitos fundamentais”¹⁹⁰.

3.2.2. A prova penal e a privacidade

O direito fundamental à privacidade, como qualquer outro direito, não tem a marca de absoluto. Os direitos são sempre relativos entre si, vigendo em sua vida um princípio maior da convivência harmônica entre eles. Exceções ao direito fundamental à privacidade, portanto, existem e estão, inclusive, expressamente previstas no texto constitucional.

Uma parte da doutrina, contudo, a partir da tese da relatividade e da supremacia do interesse público, pretende mesmo fulminar a privacidade, a título de prestar proteção a outros direitos fundamentais. Invocam o princípio da proporcionalidade para *atenuar* a inviolabilidade do direito à privacidade a fim de propiciar efetiva persecução penal à criminalidade.

Nessa linha está o pensamento de Moraes para quem

“apesar de a exceção constitucional expressa referir-se somente à interceptação telefônica, entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo

¹⁹⁰ FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Sigilo de Dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*, p. 88.

possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações telegráficas e de dados sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.”¹⁹¹

É também Moraes quem cita uma decisão da Corte Constitucional espanhola, extraída de Llorente, que espelha a submissão de um direito fundamental a dever de maior relevância. Disse a corte espanhola que “os direitos constitucionais à intimidade e à integridade física não podem converter-se em previsão que consagre a impunidade, com desconhecimento das obrigações e deveres resultantes de uma conduta que teve uma íntima relação com o respeito a possíveis vínculos familiares”¹⁹².

Também Cernichiaro alerta para a necessidade de submissão do direito à privacidade aos interesses públicos relevantes e a outros direitos fundamentais¹⁹³.

Os mesmos atos internacionais que estabelecem o direito à privacidade e a necessidade de sua proteção efetiva, vedam “as ingerências arbitrárias ou ilegais”¹⁹⁴, ou seja, ressalvam a possibilidade de ingerências legais e devidamente controladas e motivadas, desde que a providência “seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”¹⁹⁵.

Com efeito, o interesse público, como aquele delimitado pelo Legislador (constitucional ou ordinário), consubstancia-se, especialmente, em leis penais que, elegendo bens e valores relevantes, protegem, necessariamente, esses interesses

¹⁹¹ MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. p. 74.

¹⁹² LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1995, p. 152 e 178, apud MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. p. 74.

¹⁹³ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal na constituição*, p. 202.

¹⁹⁴ Assim o art. 17 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o art. 11, n. 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Art. 11, n. 2.

¹⁹⁵ Convenção Européia dos Direitos do Homem, art. 8º.

considerados públicos em determinada sociedade e em determinado tempo. A própria CRFB/88 relativiza o espaço mais precioso da intimidade (*rectius*, privacidade), que é a casa, ao prever que, embora asilo inviolável, nela não se podendo entrar à noite nem com ordem judicial, esta garantia estará abolida se estiver ocorrendo crime em seu interior. Neste caso, qualquer cidadão poderá entrar, sem se falar em autorização judicial.

É por isso que, segundo Barros,

“justifica-se, freqüentemente, a edição de leis que restrinjam o exercício dos direitos considerados, sem que, para tanto, exista uma específica autorização constitucional. Nestes casos, tem-se que a coexistência espaço-temporal de direitos pode ser validamente prevenida, desde que a tarefa de concordância prática respeite os limites dados principalmente pelo princípio da proporcionalidade”¹⁹⁶.

Não há que por em causa o valor das liberdades públicas, especialmente às que se referem à tutela da vida privada. Na base de tudo, como já visto, está a dignidade da pessoa humana. Mas deve-se considerar que de nada valeria este preceito se a própria pessoa perecesse com o fim da comunidade em que está inserida. É por isso que o “ordenamento jurídico não pode ser concebido senão como um sistema de limitações recíprocas dos diversos direitos subjetivos nele existentes, a fim de que possam coexistir em plena harmonia”¹⁹⁷.

Mas, como informa Barreto, a restrição, sempre que possível judicial, deve se conformar a determinados requisitos. Destarte a “medida deve responder a um motivo social imperioso ou a motivos pertinentes e suficientes; a medida restritiva terá de ser a menos gravosa das disponíveis, no justo equilíbrio entre o interesse público e a vida privada, e mostrar-se proporcional ao fim a atingir”¹⁹⁸.

¹⁹⁶ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 272-3.

¹⁹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1982, p. 82, citada por PENTEADO, Jaques de Camargo. *O sigilo bancário e as provas ilícitas: breves notas*. In: _____. *Justiça Penal: críticas e sugestões: Provas ilícitas e reforma pontual*, p. 77.

¹⁹⁸ BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 1ª ed., Lisboa, Aequitas-Editorial Notícias, 1995, p. 126. citado por PENTEADO, Jaques de Camargo. *O sigilo bancário e as provas ilícitas: breves notas*. In: _____. *Justiça Penal: críticas e sugestões: Provas ilícitas e reforma pontual*, pp. 75-76.

Essa medida restritiva deve ser, ainda, claramente veiculada a fim de ser conhecida pelos atingidos e propiciar-lhes o acesso ao controle judicial.

A experiência dos Estados burocráticos capitalistas sempre gerou desconfiança entre os atores sociais, sejam eles detentores do capital ou da força de trabalho. Mas o que se afirma aqui é que não há qualquer incompatibilidade entre as esferas privada e pública. Ambas são facetas de um único fenômeno e a sucumbência de uma é prenúncio da decadência da outra. As liberdades públicas, como já se disse aqui, só existem na medida mesma em que existe o Estado e, em uma “sociedade de detentores de empregos, estas liberdades só estão seguras na medida em que são garantidas pelo estado, e ainda hoje são constantemente ameaçadas, não pelo estado, mas pela sociedade, que distribui os empregos e determina a parcela de apropriação individual”¹⁹⁹.

Resta indagar, portanto, sobre o sentido da expressão inviolabilidade prevista no inciso X do art. 5º da CRFB/88.

A inviolabilidade é uma só. É uma proibição de acesso, uma imunidade. Significa, portanto, que a privacidade não pode ser atingida e nem restringida, nem mesmo por lei. A privacidade é inviolável, mas, obviamente, com isso, o Constituinte não pretendeu criar um espaço de imunidade ao crime. O foco foi outro, qual seja, proteger o cidadão das investidas ilícitas ou arbitrárias dos demais agentes sociais e do próprio Estado. O direito à privacidade protege as manifestações lícitas da personalidade, protege o indivíduo de ingerências estranhas à sua vontade.

Pode ocorrer, contudo, a indevida e ilegal utilização do espaço da privacidade para a prática de ilícitos. Destarte, neste caso, retiram-se duas conclusões interdependentes: a ação praticada, ao atingir terceiros, foge ao princípio da exclusividade e, conseqüentemente, o espaço tido como de privacidade o é apenas na aparência. Neste caso, cai a cláusula de inviolabilidade.

¹⁹⁹ ARENDT, Hannah. *A condição humana*, p. 78.

Com efeito, a privacidade é o direito de o cidadão poder viver a sua própria vida sem quaisquer ingerências alheias. Não existe, pois, privacidade onde esse espaço não é utilizado para benefício próprio, mas para agressão a direitos alheios. O conteúdo da privacidade esgota-se com a repercussão do ato individual sobre os demais cidadãos. Se a repercussão atingir interesses públicos, então o ato, muito embora praticado em espaço aparentemente privado e sob uma roupagem de ato privado, será, na verdade, um ato público.

O critério do princípio da exclusividade perde sua razão de ser na medida mesma em que interesses e direitos de terceiros passam a ser atingidos. Neste momento, o espaço supostamente ocupado pela privacidade deixa também de receber a proteção da cláusula de inviolabilidade da privacidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa foi iniciada com uma revisão do procedimento de interpretação normativa. Cuida-se de procedimento complexamente dialético, uma vez que ao mesmo tempo em que a norma jurídica possui significado próprio a ser revelado, delimitando, desta forma, a atividade do intérprete, este também interage no texto interpretado para preenchê-lo de significados não previstos no ato de vontade normativa (nomogênese), para extirpar significados não mais aplicáveis ou para imbuí-la de significados não previstos ao tempo de sua edição. A postura do intérprete deve ser a mesma do mestre, exercitando uma arte maiêutica, postando-se humildemente frente à norma como aquele se posta à frente do discípulo perguntando-lhe o que tens a me dar. Ao mesmo tempo, o mestre deve desconfiar que sabe algo, talvez ainda não sabido pelo discípulo, mas já latente, pronto para despertar.

Dessa forma, ao revelar a sua concepção de interpretação, o intérprete nada mais faz do que desvelar a sua concepção de norma e de sistema jurídico. O objeto da interpretação jurídica não é a norma jurídica, mas sim a proposição normativa que, fruto de um ato de vontade, aparece logicamente como estabelecendo a regulação de condutas futuras, mas que contém em si a eleição de valores e é a concretização de princípios, notadamente constitucionais.

A interpretação jurídica, lidando com os fenômenos das normas, dos princípios e dos valores, é sempre axiológica e, por isso, teleológica, de modo que qualquer interpretação jurídica, seja qual for o método utilizado, deverá contemplar os fins a que a norma se destina, concebendo-se como fins não apenas aqueles históricos, determinantes do surgimento da norma, mas, principalmente, os fins atuais que são gerados pela própria evolução dos fatos sociais. Por isso a interpretação jurídica não é um procedimento puramente abstrato, devendo sempre, ao invés da norma, partir da compreensão (e interpretação) dos fatos sobre os quais a proposição normativa pretende incidir.

De sua parte, o processo de interpretação constitucional não deixa de ser uma espécie de interpretação jurídica, diferenciando-se deste na medida mesma da diferença de seu objeto. Ao contrário da interpretação de regras jurídicas infraconstitucionais, cujo elemento sistemático não raro busca ajuda em normas superiores ou mesmo de outros ramos do direito, a Constituição não permite este expediente justamente por ser o ápice do sistema normativo. A interpretação constitucional, portanto, não obstante poder valer-se do instrumental hermenêutico em geral, deve buscar no seu próprio objeto os critérios de objetividade para a sua correta compreensão. São os princípios constitucionais, pois, que fornecerão esses instrumentos de compreensão. Mas não apenas os princípios positivados e sim também aqueles metaprincípios que servem de amálgama para as normas, valores e princípios incorporados ao texto constitucional.

Neste passo, a pesquisa constatou que a realidade histórica atua como condicionante da constituição jurídica e, portanto, da realização da pretensão de eficácia. No entanto, sobre essa realidade fática, também se volta a Constituição conformando-a e ordenando-a normativamente. A mútua influência entre a constituição real (ser) e a constituição jurídica (dever ser) estabelece as possibilidades e os limites da força normativa da constituição. O limite máximo é a natureza das coisas, as condicionantes naturais. No entanto, a obediência às exigências das forças do presente pode ser contrabalançada por uma forte e firme vontade de constituição.

A Constituição será efetivada quando, primeiramente, forem observados na prática os direitos fundamentais que adota. A pesquisa observou que a história dos direitos fundamentais comporta três gerações, todas elas vinculadas com o lema dos revolucionários franceses. Os **direitos de liberdade** são os direitos políticos e civis, denominados de liberdades clássicas (negativas ou formais), e constituem a afirmação do cidadão perante o Estado, correspondendo ao período histórico de surgimento do indivíduo como titular de direitos públicos. Tais direitos consistiam, portanto, em limitações ao agir do Estado em uma fase de enxugamento do aparato repressivo do Antigo Regime. Já na segunda geração, **direitos de igualdade**,

consolidaram-se os direitos econômicos, sociais e culturais, configurados em liberdades positivas. Estão aí incluídos os direitos ao trabalho digno, ao seguro social, ao amparo à velhice e à criança, à previdência. Tais direitos demandam a firme intervenção dos órgãos estatais para que sejam efetivados e, portanto, fundamentaram o crescimento da máquina estatal no setor de serviços públicos, configurando o que se denominou de Estado Social. Por fim, os direitos fundamentais de terceira geração, **direitos de solidariedade**, cuidam-se de direitos difusos que têm como titulares toda a humanidade e, inclusive, as gerações futuras, aí incluídos o direito ao meio ambiente equilibrado, ao desenvolvimento econômico e social, à autodeterminação dos povos, à paz e à comunicação.

A expressão direitos humanos somente foi cunhada, na Modernidade, após a afirmação do indivíduo frente ao grupo. Antes disso, o indivíduo somente se destacava enquanto parte integrante de um grupo social. Seus direitos e sua dignidade referiam-se a posição que ocupava no grupo e poderiam ser-lhes legitimamente suprimidas se perdesse essa posição. Assim, todas as ofensas ao indivíduo (se é que se pode utilizar esse termo quando se fala de período anterior à Modernidade) eram ofensas à sua posição social. O núcleo comum entre todas as concepções de direitos humanos é o reconhecimento da pessoa humana como um valor em si mesmo, como um indivíduo destacado do grupo e com direitos próprios, sendo, portanto, o destinatário de todas as conquistas sociais e de toda ação de poder e que demanda seja-lhe reconhecida a liberdade e a dignidade de sua pessoa para o desenvolvimento pleno de sua personalidade.

No que toca ao confronto entre os espaços públicos e privados a pesquisa concluiu que todo poder do Estado deve ser exercido de forma pública. Nos espaços onde não há exercício de poder ou onde não se atinja a coisa pública não há motivos para a publicidade, aí vigendo o princípio da privacidade, do sigilo e do segredo. A distinção jurídica moderna entre o público e o privado tem levado em consideração o fator vontade individual: onde essa fosse prevalente, decorre daí uma relação privada; ao contrário, onde a vontade individual fosse indiferente, a relação seria de direito público. Destarte, a construção do conceito moderno do direito à privacidade

é paralela à construção social do conceito de indivíduo, no plano social, e de cidadão, no plano das relações com o Estado. Contudo, não deixa de configurar um paradoxo o fato de que no tempo em que mais se fala e normaliza direitos da pessoa humana seja também o tempo em que houve a maior degradação desse gênero.

A privacidade exige resguardo, recato. É o próprio titular do direito quem delimitará o âmbito da sua privacidade, não podendo invocar o direito à privacidade quem não a preservou. Mesmo no espaço público pode haver ensejo para o respeito à vida privada de modo que a ninguém é dado ler a correspondência ou o diário alheio, mesmo que esteja sob a mesa de reunião ou mesmo que tenham sido perdidos no corredor. Portanto, a privacidade é uma dimensão da personalidade humana que se impõe em qualquer espaço, seja ele público, social e no espaço próprio da reserva privada. A noção de privacidade deve ser conectada, pois, com a noção de conhecimento alheio. Existem aspectos da vida que a pessoa tem o direito de resguardar do conhecimento dos demais ou de revelar apenas a quem bem entenda. Este, aliás, é o núcleo comum das definições doutrinárias. Portanto, o limite entre o público e o privado é conferido pelo campo do compartilhado e do não compartilhado. A manifestação do ser, da personalidade humana, comporta uma gradação que vai desde a inviolabilidade, ou seja, o impedimento de vulneração mesmo pela vontade do titular do direito (*status* de liberdade, integridade psíquica, liberdade de pensamento) até ao completo dever de expor-se (administrador público que deve revelar o motivo de seus atos administrativos).

Para fins da proteção constitucional, contudo, a pesquisa concluiu que devem ser excluídos do âmbito de incidência do inciso X os demais aspectos da privacidade expressamente regulados na CRFB/88, aplicando-se, assim, a regra da especialidade. Portanto, ao especificar, em dispositivos pulverizados no artigo 5º, tratamento específico para aspectos também específicos da privacidade, a CRFB/88 deixou o inciso X como um repositório geral e subsidiário. Vale dizer, os aspectos da privacidade que não estão expressamente regulados alhures, submetem-se à inviolabilidade prevista no inciso X. Destarte, os aspectos da privacidade referentes ao domicílio, ao sigilo das comunicações, à integridade física e moral do ser

humano, entre outros, por terem recebido tratamento específico da CRFB/88, estão excluídos da previsão de inviolabilidade do inciso X.

Outro direito fundamental assegurado pela Constituição é a Jurisdição, concebida como uma promessa que o Estado fez aos seus cidadãos no momento em que lhes vedou a autotutela, consistente em, substituindo-se às partes em conflito, aplicar a solução justa para o caso concreto. No âmbito dos Estados contemporâneos, a Jurisdição penal realça-se pelo embate ideológico que propicia o Direito Penal, mas, se aceita como um pressuposto que o Estado deve exercer o *jus puniendi*. No exercício do *jus puniendi*, como, aliás, no exercício processual de qualquer direito, ressalta a importância dos meios de prova para o convencimento do Estado-juiz do acerto das alegações lançadas na inicial. É o que será abordado a seguir.

A prova é a tentativa de convencer o magistrado de uma verdade jurídica, buscando confirmar ou infirmar (contraprova) aquilo que foi afirmado, em alguns casos, através de uma reconstrução histórica produzida nos autos. Essa reconstrução, todavia, feita no palco de uma disputa, padece de um sério viés que é a possibilidade de que o que venha para o processo não sejam os fatos, mas apenas versões parciais de cada um dos pólos interessados em uma dada solução. Há uma justificativa social, um interesse coletivo na produção da prova, o qual transcende o interesse da parte que pretende ou necessita da sua produção para convencer o julgador. É que estão afastados os julgamentos por íntima convicção, incompatíveis que são com um Estado Democrático que deve exercer o seu poder não apenas para o público, mas também em público, de modo que o julgador deve fundamentar, dar as razões que o levaram a tomar determinada decisão. O julgador também deve convencer aos destinatários de sua decisão e à própria sociedade e a prova cumpre esse papel justificador. No entanto, em relação ao sistema constitucional de garantias fundamentais, que é o plano que embasa esta pesquisa, a produção da prova é um direito fundamental, seja aquela que se destina ao processo civil, seja a que visa à persecução penal. Neste último caso, deve-se acrescentar que se cuida de

um direito potenciado uma vez que alberga os interesses de toda uma coletividade à preservação dos valores que elegeu como fundamentais.

Mesmo o Estado não pode exercer a autotutela penal. A Jurisdição, neste caso, é imprescindível. Esta é movimentada por meio da ação, valendo-se do processo como seu instrumento, sendo a sentença o reconhecimento esperado e a condição sem a qual a ordem jurídica não pode ser restaurada. No entanto, para que o autor, seja ele o cidadão ou, como no caso da Jurisdição penal, o próprio Estado, possa obter sentença favorável deve trazer aos autos, de forma cabal, todos os fatos que alega através dos meios de prova. Vedar à autotutela, assegurando a Jurisdição, mas sem garantir o direito à prova é nada garantir, porquanto se asseguraria a obtenção do fim que não poderia ser atingido se vedado fosse o uso do meio necessário. Como o sistema exige a motivação das decisões judiciais (CRFB/88 art. 93, inciso XI) o juiz não pode decidir questões por conhecimento extra-autos, sendo a prova uma necessidade imperiosa para o sucesso do pedido. Destarte, a produção probatória é um direito fundamental que se situa no mesmo plano constitucional do direito à Jurisdição e do direito à intimidade. Assim, a prova é, para a acusação, um direito de matriz constitucional. O exercício desse direito, contudo, deve conformar-se ao disposto no ordenamento jurídico que tanto proíbe que certos fatos sejam objeto de prova quanto proíbe o uso de certos meios para a colheita da prova.

Não obstante, sob o prisma constitucional, o direito de provar possui estatuto de direito fundamental, é um direito que também deve respeito aos demais direitos e valores reconhecidos pelo ordenamento constitucional. Dessa forma, o direito à prova não é ilimitado ou absoluto, seja por razões de ordem processual (limitações intrínsecas) seja por razões de ordem material (limitações extrínsecas). O limite ao direito de prova e, portanto, limitador também do princípio da verdade real no processo penal, refere-se a duas ordens de proibições ou ilegalidades *lato sensu*: por ofensa a normas processuais e por ofensa a normas de direito material. As primeiras denominam-se provas ilegítimas e as segundas provas ilícitas.

O tema da prova ilegítima diz respeito à inobservância de normas de procedimento sobre a prova. Cuida-se, portanto, de requisitos de validade da prova colhida no âmbito do processo penal e que incide em qualquer dos momentos do procedimento probatório: proposição, admissão, produção e valoração. A ilicitude da prova refere-se ao momento de sua produção, quando são praticadas ações vedadas pelo direito positivo material a fim de efetivar a proteção a bens e valores fundamentais. A consequência processual da ilicitude da prova é a sua inadmissibilidade no processo ou, tendo nele ingressado, a sua inutilidade para embasar qualquer juízo.

Destarte, todas as provas que violarem a privacidade, fora daqueles casos expressamente admitidos em dispositivos constitucionais, serão consideradas como provas ilícitas por infração direta ao inciso X do art. 5º da CRFB/88.

Não há um tratamento uniforme entre os Estados no que se refere ao direito da produção da prova penal. Cada Estado, conforme os valores constitucionalmente tutelados, dará um tratamento próprio à questão do direito de prova. Considerando-se, contudo, que a persecução penal é uma atividade administrativa do Estado, está ela orientada por dois princípios fundamentais regem todo o Direito Administrativo: a supremacia do interesse público e a sua indisponibilidade pela Administração. A noção de interesse público não é de fácil precisão. Esta pesquisa considerou que o interesse público encontra-se expresso no sistema positivo, notadamente o constitucional. Quando assim não estiver posto, a Administração Pública, embora não tenha a exclusividade em defini-lo, atuaria, quando muito, como uma espécie de árbitro.

Por outro lado, não há doutrina que argumente que a supremacia do interesse público sobre o privado é absoluta, máxime diante da existência de um conjunto de direitos fundamentais colacionados na CRFB/88. Essa supremacia do interesse público sobre o privado, em sede penal, é mesmo evidente e decorre da própria promessa do Estado à segurança pública em um duplo aspecto: primeiro proibindo a autotutela e chamando a si o monopólio da Jurisdição; e pela previsão

das condutas sociais consideradas como penalmente relevantes. Mas essa supremacia não é uma arma, uma alavanca a amparar qualquer pretensão dos agentes estatais a qualquer momento. Ela está dada e definida pela Constituição de modo a propiciar um equilíbrio entre os interesses. A Constituição, assim como um pacto social, estabeleceu as regras do jogo e a convivência entre os interesses públicos e privados está nela estabelecida. O equilíbrio e não a supremacia emerge de suas regras. Assim, naquilo em que normaliza interesse público, aí está a sua supremacia. Fora daí, contudo, a supremacia pertence aos agentes sociais.

De outro lado, sob pena de o argumento da superioridade do interesse público sobre o privado não passar de mero artifício de justificação do poder, não há nada que corresponda mais à noção de interesse público, em um Estado Democrático e de Direito, do que a observância dos direitos fundamentais, dentre eles a proteção da privacidade. Dessa forma, afasta-se qualquer incompatibilidade entre as esferas privada e pública. Ambas são facetas de um único fenômeno e a sucumbência de uma é prenúncio da decadência da outra. As liberdades públicas só existem na medida mesma em que existe o Estado e sociedade.

Pode ocorrer, contudo, a indevida e ilegal utilização do espaço da privacidade para a prática de ilícitos. Destarte, neste caso, retiram-se duas conclusões interdependentes: a ação praticada, ao atingir terceiros, foge ao princípio da exclusividade e, conseqüentemente, o espaço tido como de privacidade o é apenas na aparência. Neste caso, cai a cláusula de inviolabilidade.

Neste passo, no que toca à preservação de garantias inerentes ao cidadão como é o direito à privacidade, o maior problema talvez não seja a flexibilização do direito constitucional, mas sim a definição do órgão que autorizará essa quebra e que executarão essa medida. Se forem órgãos dependentes do poder, seja ele qual for (econômico, político, da força, moral, religioso, etc) então o direito será apenas uma quimera, uma letra vazia de conteúdo, um desenho na areia da praia. De outro lado, se os órgãos encarregados da autorização e execução da medida forem constituídos de pessoas independentes, maduras, com garantias plenas para tomar

decisões, comprometidas com a democracia e com os direitos humanos, então se pode esperar que o direito à privacidade seja a garantia do cidadão honesto e que essa garantia não será utilizada contra esse próprio cidadão honesto pelas elites criminosas.

Apenas dois órgãos do Estado podem contrabalançar direitos fundamentais: o Legislativo e o Judiciário. Ao Judiciário cabe interpretar a Constituição de modo a extrair dela o máximo de eficácia de suas normas, especialmente as de direitos fundamentais, mas sob o fiel da proporcionalidade a fim de preservar o Direito como uma conquista coletiva e não como uma apropriação privada em detrimento da própria coexistência social.

No decorrer da pesquisa, notou-se uma depuração da hipótese inicial. Com efeito, esta consistia em que, diante do interesse público a privacidade poderia ser restringida. Não obstante, o resultado a que se chegou na interpretação do dispositivo constitucional é que a privacidade somente deixa de ser inviolável nas hipóteses expressas na Constituição brasileira. A pesquisa, contudo, deixou, dentre tantas, uma porta aberta para a sua continuação, qual seja, a de que a privacidade seja apenas fachada para a prática de atividades que atinjam terceiros, portanto públicas.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria geral dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1996.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6023: informação e documentação- referências – elaboração*. Rio de Janeiro, 2000. 22p.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo: RT, 1999.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1986.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*; trad. por Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. *Contribucion a La Teoria del Derecho*. Valencia: Soler, 1980.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: EDUNB, 1994.

_____. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: EDUNB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALDAS, Pedro Frederico. *Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros. Novas Técnicas de Interpretação Constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 34, a. 9, 345 p., jan-mar. 2001, p. 134-154.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal na constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

COLZANI, Valdir Francisco. *Guia para redação do trabalho científico*. Curitiba: Juruá, 2001.

CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2002.

Digesto de Justiniano. tradução bilíngüe de Hécio Maciel França Madeira. São Paulo: RT, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1992.

DOBROWOLSKI, Sílvio. O Poder Judiciário e a Constituição. IN: DOBROWOLSKI, Sílvio, org. *A Constituição no mundo globalizado*. Florianópolis: Diploma Legal, 1999. pp. 301-315.

DOTTI, René Ariel. A Liberdade e o Direito à Intimidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 66, p. 125-153, 1980.

DUBY, Georges. *História da vida privada: da Europa feudal à Renascença*. São Paulo: Cia. das Letras, 1990.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. São Paulo: RT, 1990.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1996.

_____. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990.

_____. Sigilo de Dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. RT, n. 1. São Paulo: 1992, p. 77-90.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Eletrônico: Século XXI*. Versão 3.0, Nova Fronteira, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1997.

FREITAS, Juarez. *Interpretação Sistemática do Direito em Face das Antinomias Normativas, Axiológicas e Principiológicas*. 1994. 234 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1992.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. *Teoria geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LASSALLE, Ferdinando. *Que es una constitución?* Buenos Aires: Siglo Veinte, 1957.

LEPIANI, Giancarlo. Estão de olho em você. *Veja*, n., p. 76-84, maio 2001.

MARTINS, Luciana Mabilia. Interesse público e interesse privado: é possível colisão? *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre 24(53), p. 41-62, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____. *Controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

MESSIAS, Irajá Pereira. *Da prova penal*. Campinas: Bookseller, 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1997.

MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1999.

MOSSIN, Heráclito Antônio. Curso de processo penal, volume 2. São Paulo: Atlas, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 1995.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro? *RT*, a. 88, v. 770, p. 53-92, dez. 1999.

PASSOLD, César Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 1999.

PENTEADO, Jaques de Camargo. *O sigilo bancário e as provas ilícitas: breves notas*. In: _____. *Justiça Penal: críticas e sugestões: Provas ilícitas e reforma pontual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 71-106.

POPP, Carlyle. AIDS e a tutela constitucional da intimidade. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 29, n. 115, jul-set. 1992, p. 139-150.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: RT, 1999.

REALE, Miguel. *O Direito Como Experiência*. São Paulo: Saraiva, 1992.

RUIZ, João Álvaro. *Metodologia Científica: guia para eficiência nos estudos*. São Paulo: Atlas, 1996.

SCHEFFER, Ivori Luis da. *A influência da decisão de procedência proferida em ação declaratória de constitucionalidade sobre a coisa julgada individual em matéria de relação jurídica continuativa tributária*. 1998. Monografia (Curso de Especialização em Direito Processual Civil) - Fundação Universidade de Brasília, Brasília.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Ovídio Baptista. *Curso de Processo Civil*. V. 1. São Paulo: RT, 2000.

SINGH, Simon. *O último teorema de Fermat*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1986.

TRINDADE, Eliane. O fim da privacidade. *Época*, n. 54, p. 36-39, maio 1999.